DOCTORAT BRETAGNE LOIRE DROIT ET SCIENCE POLITIQUE

UNIVERSITÉ DE NANTES

(2)

THÈSE DE DOCTORAT DE

L'UNIVERSITE DE NANTES

ECOLE DOCTORALE N° 599
Droit et Sciences politiques
Spécialité : *Droit public*

Par
Aurélien DESGREE

Le silence de l'Administration
Recherche sur la décision implicite

Thèse présentée et soutenue à Nantes, le 14 juin 2021
Unité de recherche : Droit et Changement Social (DCS)

Rapporteurs avant soutenance :

Pascale GONOD, Professeure à l'Université Panthéon-Sorbonne (Paris I)
Bertrand SEILLER, Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

Composition du Jury :

Président : Mylène LE ROUX, Professeure à l'Université de Nantes

Examinateurs : Pascale GONOD, Professeure à l'Université Panthéon-Sorbonne (Paris I)
Bertrand SEILLER, Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)
Charles-André DUBREUIL, Professeur à l'Université de Clermont Auvergne
Mylène LE ROUX, Professeure à l'Université de Nantes
Gilles DUMONT, Professeur à l'Université de Nantes

Dir. de thèse : Agathe VAN LANG, Professeure à l'Université de Nantes

Le silence de l'Administration
Recherche sur la décision implicite

Avertissement

L’Université de Nantes n’entend donner aucune approbation, ni improbation aux opinions émises dans les thèses : ces opinions doivent être considérées comme propres à l’auteur.

SOMMAIRE

REMERCIEMENTS

ABRÉVIATIONS

INTRODUCTION GÉNÉRALE

PARTIE I. LA CONSTRUCTION THÉORIQUE ET L'ÉVOLUTION DE LA DÉCISION IMPLICITE

TITRE 1. DES CONFUSIONS SUR LA NATURE JURIDIQUE ET LES RÔLES DES SILENCES REJET ET ACCEPTATION

CHAPITRE 1. LA DIFFICILE APPRÉHENSION DU RÔLE DU SILENCE PAR LE DROIT ADMINISTRATIF

CHAPITRE 2. UNE TRANSITION JURIDIQUE FLOUE D'*UN* SILENCE À *DES* SILENCES

TITRE 2. UNE FICTION JURIDIQUE DIFFICILE À ARTICULER AVEC LES PRINCIPES DIRECTEURS DE L'ORDRE JURIDIQUE ET DE L'ACTION ADMINISTRATIVE

CHAPITRE 1. L'ARTICULATION DIFFICILE AVEC LES PRINCIPES DIRECTEURS DE L'ORDRE JURIDIQUE : LÉGALITÉ ET SÉCURITÉ JURIDIQUE

CHAPITRE 2. L'ARTICULATION DIFFICILE AVEC LES PRINCIPES DIRECTEURS DE L'ACTION ADMINISTRATIVE : BONNE ADMINISTRATION ET OBLIGATION D'AGIR

PARTIE II. LA NÉCESSITÉ DE RÉFORMER LE MODE DE DÉCISION IMPLICITE

TITRE 1. LA RECHERCHE DE GÉNÉRALISATION DE LA DÉCISION IMPLICITE

CHAPITRE 1. LES FAIBLESSES JURIDIQUES DE LA RÉFORME DE 2013 SUR LA DÉCISION IMPLICITE

CHAPITRE 2. LA DIFFICILE ÉVOLUTION DU SILENCE FORCÉE PAR LA RÉFORME

TITRE 2. LA RECHERCHE D'UNE CONCEPTION DE LA DÉCISION IMPLICITE PURGÉE DE SES VICES

CHAPITRE 1. UNE DÉCISION IMPLICITE À RÉINVENTER

CHAPITRE 2. UNE TRANSITION DU SILENCE-REJET AU SILENCE-ACCEPTATION À RENFORCER JURIDIQUEMENT

CONCLUSION GÉNÉRALE

ANNEXES

BIBLIOGRAPHIE

INDEX

TABLES DES MATIÈRES

REMERCIEMENTS

Je tiens tout d'abord à exprimer ma reconnaissance au Professeur Agathe Van Lang pour avoir accepté de diriger ce travail de recherche, pour la qualité de ses analyses et conseils, mais également pour avoir su m'aiguiller avec justesse malgré mon opiniâtreté ponctuelle.
Ma gratitude va également aux membres du jury ayant accepté de prendre le temps de lire et de juger ce travail, en particulier au Professeur Charles-André Dubreuil pour sa disponibilité de dernière minute.

Mes remerciements vont ensuite à Monsieur Joël Boudant, professeur des universités, et à Mesdames Catherine Del Cont et Anne-Élisabeth Courrier, maîtres de conférences, pour leurs encouragements et leurs conseils avisés.
Je n'oublie pas non plus Messieurs Benjamin Chaberneau et François Desimon, magistrats auprès du Tribunal administratif de Nantes, pour les entretiens qu'ils m'ont accordés, riches d'enseignements et essentiels à cette recherche, ni Alix pour m'avoir déniché de précieuses opportunités de rencontres.

Je me dois enfin de remercier toutes les personnes des services d'administration de la faculté de Nantes, et notamment du laboratoire DCS, dont le travail et les compétences m'ont rendu service au-delà de ce qu'elles imaginent sans doute.

À mes collègues, dont certains sont devenus des amis, j'offre ma gratitude pour les moments de partage. Je tiens en particulier à remercier Aurélie, précieuse confidente et amie loyale, et Maxime, meilleur rival et adroit Cupidon.

Une grande part de mon mérite revient de droit à Alexandra, mon mentor. Du début à la fin de cette aventure – et toujours aujourd'hui –, son caractère explosif et son amitié sans faille m'ont empêché de trébucher.

Merci à mes amis de toujours, Victor et François, de m'avoir toujours épaulé et rassuré depuis le primaire ou le lycée.

Pour finir, il ne fait aucun doute que jamais je n'aurais pu franchir la ligne d'arrivée, ni même débuter la course, sans le soutien inconditionnel de ma famille. De mon frère, d'abord, dont le regard reste mon principal moteur, car je suis un grand frère avant tout le reste. De mes parents, ensuite, qui m'ont toujours poussé à aller plus loin, sans jamais douter. L'éducation et l'amour qu'ils m'ont donné n'existent pas ailleurs. De Clémence, enfin, dont l'arrivée à point nommé dans ma vie a su non seulement me donner la force, qui autrement m'aurait manqué, de faire les quelques derniers pas, mais aussi fait naître l'envie de courir à nouveau.

À Gaston,

Liste des principales abréviations

APD	Archives de philosophie du droit
AFDA	Association française pour la recherche en droit administratif
AJDA	Actualité juridique de droit administratif
AJDI	Actualité juridique du droit de l'immobilier
AJ famille	Actualité juridique - famille
AJFP	Actualité juridique du droit de la fonction publique
ANRT	Atelier national de reproduction des thèses
BDP	Bibliothèque de droit public
Bull.	Bulletin
Bull. civ.	Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation
CNRTL	Centre national de ressources textuelles et lexicales
D.	Recueil Dalloz
Dr. adm.	Revue Droit administratif
Droits	Droits. Revue française de théorie juridique *puis* Droits. Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridique
DS	Droit social
EDCE	Études et documents du Conseil d'État
GACA	Les grands arrêts du contentieux administratif
GAJA	Les grands arrêts de la jurisprudence administrative
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
IFSA	Institut français des sciences administratives
Jcl.	Encyclopédie Juris-Classeur
JCP A	Juris-Classeur périodique - Édition Administrations et Collectivités territoriales
JCP E et A	Juris-Classeur périodique - Édition Entreprise et Affaires
JCP G	Juris-Classeur périodique - Édition générale
JCP N	Juris-Classeur périodique - Édition Notariale et Immobilière
JORF	Journal officiel de la République française
La doc. fr.	La Documentation française
LGDJ	Librairie générale du droit et de jurisprudence
LPA	Les Petites affiches
NBT	Nouvelle Bibliothèque de Thèses
PUAM	Presses universitaires d'Aix-Marseille
PUF	Presses universitaires de France
PUFR	Presses universitaires François-Rabelais
PUM	Presses universitaires du Midi

RDI	Revue de droit de l'immobilier
RDP	Revue de droit public et de science politique en France et à l'étranger
Rec.	Recueil Lebon ou Recueil des décisions du Conseil constitutionnel
Rec. T.	Tables du recueil Lebon
Rep. cont. adm.	Répertoire Dalloz de contentieux administratif
Rev. adm.	Revue administrative
RF sc. pol.	Revue française de sciences politiques
RFAP	Revue française d'administration publique
RFDA	Revue française de droit administratif
RPDF	Revue pratique de droit français
RTD Civ.	Revue trimestrielle de droit civil
RTD Com.	Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique
S.	Recueil Sirey

Listes des abréviations courantes

aff.	affaire
al.	alinéa
art.	article
Ass.	Assemblée du contentieux
c/	contre
CA	Cour d'appel
CAA	Cour administrative d'appel
C. Cass.	Cour de cassation
CC	Conseil constitutionnel
CE	Conseil d'État
CEDH	Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales
CESEDA	Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile
CGCT	Code général des collectivités territoriales
CGI	Code général des impôts
CGPPP	Code général de la propriété des personnes publiques
chap.	chapitre(s)
chron.	chronique(s)
civ.	civil(e)

CJA	Code de justice administrative
CJCE	Cour de justice des communautés européennes
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
coll.	collection
concl.	conclusions
cons.	considérant(s)
Conv. EDH	Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales
CPP	Code de procédure pénale
CRPA	Code des relations entre le public et l'Administration
CRRV	Commission de recours contre les décisions de refus de visa d'entrée en France
CSA	Conseil supérieur de l'audiovisuel
CSI	Code de la sécurité intérieure
dact.	Thèse dactylographiée
DDHC	Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen
DEVU	Direction de la formation et de la vie étudiante
dir.	sous la direction de
éd. ou rééd.	édition ou réédition
égal.	également
Ex.	exemple
Fasc.	fascicule
ibid.	*ibidem*, dans l'ouvrage ou article cité précédemment
n°	numéro(s)
not.	notamment
op. cit.	*opus citatum*, ouvrage cité
p.	page
plén.	plénière
pp.	pages
préc.	précité(es)
req.	requête
s.	suivant(es)
Sect.	Section
SGAE	secrétariat général des affaires européennes
SGG	secrétariat général du Gouvernement
SGMAP	secrétariat général pour la modernisation de l'action publique

spéc.	spécialement
SRE	service des retraites de l'État
SVA	silence vaut acceptation
SVR	silence vaut rejet
T.	Tome
TA	Tribunal administratif
TC	Tribunal des conflits
TGI	Tribunal de grande instance
TFUE	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne
TUE	Traité sur l'Union européenne
trad.	traduction française
Univ.	Université
V.	Voir
vol.	volume(s)

Introduction générale

« *The rest is silence* ».
W. SHAKESPEARE, *Hamlet*, Acte V, Scène 2.

S'intéresser au silence sous l'angle juridique, c'est d'abord s'intéresser au silence de manière générale. Et si parler du silence semble éminemment paradoxal[1], écrire à propos de cette notion paraît heureusement plus cohérent. Toutefois, tenter de définir le silence de manière univoque est une entreprise ardue et probablement vaine. Car le silence peut être *rien* comme il peut être *tout*.

De manière absolue, le silence se définit par une absence de son, ce qui ne paraît pas être satisfaisant pour pouvoir appréhender le phénomène en droit : le silence qui nous intéresse, celui de l'Administration, s'entend dans un sens figuré ; lorsque l'Administration reste « silencieuse » et omet de « répondre » à une demande, il ne s'agit jamais d'un silence littéral mais davantage d'une inaction. Les réponses de l'Administration – que sont les décisions – sont normalement matérialisées par un écrit, pas par une réponse orale. De ce fait, lorsque l'on parle du silence de l'Administration, il est fait référence à une absence d'action plutôt qu'à une absence de parole.

En outre, en creusant davantage, l'on se rend compte que même lorsque le silence est défini comme une absence de son, la définition est incomplète dans la mesure où l'on peut se poser la question suivante : qu'est-ce qu'une absence de son ? Le silence se définit en effet également en fonction de sa source ou de son destinataire. Si aucun son n'est produit, c'est un silence. Si un son est produit mais n'est pas entendu, c'est également un silence pour son destinataire.
En d'autres termes, « *le physicien dira que c'est l'absence de propagation d'ondes sonores, le physiologiste que c'est l'absence de vibration du tympan* »[2].

Il semble donc que le silence ne puisse se satisfaire d'une seule et unique définition. Nous ne poursuivrons néanmoins pas ici cette réflexion qui échappe au cadre de notre étude.

[1] SOLÈRE (J.-L.), *Silence et philosophie*, Revue philosophique du Louvain, 2005, 103-4, pp. 613-637, spéc. p. 613.
[2] *Ibid.*, p. 614.

Nous nous attacherons donc à tenter de définir le silence en droit, et plus spécifiquement en droit administratif, dans la mesure où cette notion se trouve au centre de la présente recherche.
Seront ainsi évoqués successivement l'objet de la recherche et la définition de ses termes (**§1**), l'intérêt ainsi que les enjeux de la recherche (**§2**) et la démarche adoptée (**§3**).

§1. Définition des termes du sujet

Le silence de l'Administration – donc la décision implicite – étant l'objet de notre recherche, il apparaît nécessaire avant toute chose de définir les termes essentiels à sa compréhension. Ainsi, dans un premier paragraphe, nous tenterons de présenter de la manière la plus exhaustive possible les notions de silence en droit administratif (**A**), de décision administrative (**B**) et d'Administration (**C**).

A. La définition du silence en droit administratif

Si le silence existe dans d'autres domaines que le droit administratif – notamment en droit privé[3] – et que son étude n'est pas dénuée d'intérêt, une différence majeure nous motive à privilégier son étude dans le champ du droit administratif : ce domaine du droit est le seul dans lequel le silence a une existence formalisée dans un mécanisme créé de toutes pièces par le législateur, la décision implicite. Par ce procédé, le silence n'est jamais une incertitude ; il a un sens.

À nouveau, et malgré une focalisation sur le silence en tant que concept juridique, l'exercice de définition s'avère ardu. En effet, lorsque l'on cherche à donner une idée concrète du silence de l'Administration, force est de constater que, bien que celui-ci soit connu du plus grand nombre, il apparaît difficile de saisir clairement les tenants et les aboutissants de ce concept pourtant pluri-centenaire.

À l'inverse de ce que pourrait laisser penser l'inévitable étirement des commissures que provoque l'évocation du « silence de l'Administration » – signe indubitable que l'interlocuteur a au moins une anecdote sur le sujet – ce mécanisme juridique reste globalement nimbé de mystère dès lors que l'on s'éloigne de l'aspect empirique de la notion.

Avant d'envisager les questions de la nature et de la valeur juridiques du silence (**2**), il apparaît opportun de distinguer le silence de l'Administration des autres formes d'inertie ayant des implications sur le plan juridique. Il faut entendre par inertie tous les cas dans lesquels

[3] MARTIAL-BRAZ (N.), TERRYN (F.), *Le silence saisi par le droit privé*, IRJS Editions, coll. Bibliothèque de l'Institut de la Sorbonne, Tome 54, 2014, 268 p. ; LAÉ (J.-F.), *Les règles du silence en droit*, revue Ethnologie française, vol. 32, 2002/1, p. 61-67 ; *Le silence*, Les Cahiers de droit, vol. 56, numéro 3-4, septembre–décembre 2015, p. 229-741 (dossier sous la direction scientifique de Sylvette GUILLEMARD et Pierre RAINVILLE).

l'absence d'action de la part de l'Administration entraîne des conséquences juridiques, qu'il s'agisse de la naissance d'un acte matériel (comme pour la décision implicite) ou d'un engagement de la responsabilité. À ce titre, nous distinguerons notre objet de recherche de la carence, l'omission, l'abstention et, de manière plus générale, de l'inertie (**1**).

1) La distinction entre l'objet de la recherche et les notions voisines

Le sujet initial de cette thèse concernait « l'inertie de l'Administration ». Si ce titre laissait entrevoir de vastes possibilités de recherche, nous avons estimé que celles-ci l'étaient un peu trop et avons fait le choix de restreindre le sujet en le réorientant vers le silence de l'Administration, plus spécifique et proposant selon nous des pistes de réflexion tout aussi riches du fait, entre autres, de sa grande actualité. Le choix de se focaliser sur le silence de l'Administration permet ainsi de l'étudier en profondeur, là où il n'aurait été qu'une illustration supplémentaire de l'inertie administrative si le sujet initial avait été privilégié ; les différentes formes d'inertie administrative n'ont pas nécessairement de lien entre elles, rendant difficile la détermination d'une problématique suffisamment spécifique pour présenter un intérêt, ainsi que leur articulation au sein d'un plan.

Deux principaux facteurs ont conforté ce choix. Il s'est en effet avéré que le terme d'inertie est, dans ce contexte et après réflexion faussement original. Surtout employée dans les sciences physiques, l'inertie est d'abord la « *propriété de la matière qui fait que les corps ne peuvent d'eux-mêmes modifier leur état de mouvement* »[4], avant de constituer un « *manque d'énergie, d'activité* »[5]. Autrement dit, lorsque l'on s'intéresse à l'inertie de l'Administration du point de vue du droit (et non de l'histoire du droit), on s'intéresse en fait aux hypothèses dans lesquelles l'Administration reste passive et aux conséquences juridiques qu'elles entraînent.

Le choix de ce terme dans un sujet de thèse juridique impose donc de s'intéresser à toutes ces hypothèses, ce qui présente un risque important de réaliser une thèse « catalogue ». Or, nous estimons qu'il ne s'agit cependant pas de l'objectif d'une thèse juridique. Il ressort en outre des nombreuses lectures effectuées sur et autour de ce sujet que de tels travaux de compilation ont déjà été effectués[6] – y compris sur le silence de l'administration[7] – ce qui octroie à l'exercice un intérêt encore plus relatif.

En revanche, ces mêmes lectures ont permis d'identifier l'une de ces hypothèses d'inertie de l'Administration, et selon nous la plus intéressante aujourd'hui, dans le mécanisme de la

[4] Selon le dictionnaire Larousse en ligne. Entrée : inertie.
[5] *Ibid.*
[6] MONTANÉ DE LA ROQUE (P.), *L'inertie des pouvoirs publics*, Toulouse, Imprimerie Moderne, 1948, 546 p.
[7] GOUTTENOIRE (R.), *Le silence de l'administration*, thèse Paris, P. Bossuet, 1932, 256 p. ; LAVEISSIÈRE (J), *Le silence de l'administration*, thèse Bordeaux 1, 1979, 618 p.

décision implicite découlant du silence de l'Administration. Non seulement, il s'agit d'une fiction assez peu étudiée par la doctrine juridique, mais la réforme de 2013 a permis de remettre ce mécanisme au cœur des débats. La conjonction de ces facteurs semblait donc valider le choix de se focaliser sur cet aspect spécifique de l'inertie administrative, que nous avons donc retenu.

La carence de l'Administration peut quant à elle être distinguée de l'inertie et de l'abstention dans la mesure où elle se définit « *comme le résultat de certaines inactions : celles qui n'auraient pas dû avoir lieu* »[8]. De ce point de vue, « *la reconnaissance d'une carence administrative a une fonction : elle signale un comportement passif inadmissible. Elle dénonce à la fois une utilisation insuffisante de ses moyens pour remplir sa mission et une inaction administrative abusive. Le caractère anormal de l'inaction dénoncée par cette reconnaissance implique, alors, une réaction du système juridique, afin que le manque constaté ne puisse échapper à toute sanction, que celle-ci soit juridictionnelle ou non* »[9]. En ce sens, la carence de l'Administration est toujours fautive, sauf cas où elle s'impose (notamment lorsqu'une liberté publique n'est soumise a aucun régime d'autorisation ou d'interdiction)[10].
À titre d'illustration, il est possible d'évoquer la carence à faire respecter l'interdiction de fumer dans les lieux publics[11], ou encore les carences de l'État dans la mise en œuvre de la réglementation européenne et de la législation protégeant les eaux des pollutions agricoles, dans l'affaire dite des « algues vertes »[12]. Il est nécessaire de préciser que la distinction entre la carence et l'action tardive est très relative, en témoigne la qualification de « carence durable » que l'on peut retrouver dans un certain nombre de décisions de justice[13].

Le silence se différencie de la carence dans la mesure où il ne s'agit pas de la sanction d'un comportement anormal et le fait pour l'Administration de conserver le silence n'est pas constitutif d'une faute. Nous aurons l'occasion de revenir sur ce point plus en détail au cours de cette recherche[14].

Concernant l'abstention, Damien FALLON explique dans sa thèse que l'abstention ne se confond pas avec l'inaction. Pour l'auteur, « *l'abstention est au contraire un véritable mode*

---

[8] PARINET (P.), *La carence de l'administration*, thèse Tours, 2017, dact., 592 p.
[9] *Ibid.*
[10] DUBOIS (J.-P.), *Responsabilité pour faute*, Répertoire de la responsabilité de la puissance publique 2014 (actualisation octobre 2020), Dalloz, n^{os} 84-89.
[11] CE, 30 décembre 2011, *M. Renard*, req. n^{o} 330959, Lebon T. 1140 ; AJDA 2012. 7, obs. GRAND ; AJDA 2012, p. 891, note BARUCHEL et BELRHALI-BERNARD.
[12] CAA Nantes, 22 mars 2013, *Cne de Tréduder*, req. n^{o} 12NT00342, et TA Rennes, 12 avril 2013, *Dpt des Côtes-d'Armor*, req. n^{o} 1004000 , AJDA 2013, p. 1758, note BELRHALI-BERNARD ; CAA Nantes, 21 juillet 2014, req. n^{o} 12NT02416, AJDA 2014, p. 2286.
[13] Voir par ex. : CAA Bordeaux, 24 janvier 2013, *Épx Molin*, req. n^{o} 10BX02881, AJDA 2013, p. 749, note DE LA TAILLE ; CAA Bordeaux, 5 novembre 2013, *Cne de Graulhet*, req. n^{o} 13BX01069, AJDA 2014, p. 484.
[14] Voir *infra*, p. 180 et s.

d'action de la puissance publique. Si abstention et inaction ont toutes deux un résultat identique, à savoir une situation d'absence, elles se distinguent néanmoins par leur origine. En tant qu'action, l'abstention aura toujours pour origine un comportement volontaire. À l'inverse, l'inaction désigne l'absence de toute action. Elle sera alors caractérisée par un comportement passif involontaire de la puissance publique, soit qu'elle n'ait pas pensé à agir, soit qu'elle se soit retrouvée empêchée d'agir contre sa volonté »[15].

Il est intéressant de constater que le silence de l'Administration peut entrer dans les deux catégories présentées dans cette définition : il peut être à la fois une abstention, c'est-à-dire opposé volontairement par l'Administration au demandeur, et une inaction, donc involontaire. C'est en cela que le silence juridique ne peut être confondu avec l'abstention, qui suppose donc toujours une action volontaire.

Enfin, en ce qui concerne l'omission, il s'agit d'une faute de l'Administration qui – contrairement à la faute par action – survient lorsque la puissance publique omet d'agir. De ce fait, elle est relativement proche de l'abstention. Cependant, l'omission est plus souvent caractérisée par l'absence fautive d'un fait matériel[16], là où l'abstention concerne davantage l'absence d'acte juridique (défaut de transposition d'une directive, d'une transposition tardive ou d'une transposition incomplète ou non conforme au contenu de la directive[17], abstention empêchant l'exécution d'une décision de justice[18]).

2) La nature et valeur juridique du silence de l'Administration

Un doute subsiste ensuite quant à la détermination de sa nature juridique. Le terme de « concept » précédemment employé a été volontairement choisi afin de ne pas abuser des appellations en vigueur sans les avoir préalablement analysées.

Premièrement, et avant de s'attaquer à une étude davantage sémantique, il est possible de constater que parmi les auteurs de doctrine s'étant attachés à l'étude du silence de l'Administration sous ses divers aspects, nombreux sont ceux à l'avoir qualifié de « fiction juridique »[19]. Toutefois, après une lecture extensive des écrits sur le sujet, il semblerait que pas un

[15] FALLON (D.), *L'abstention de la puissance publique et la garantie des droits fondamentaux*, thèse Toulouse, Presse Universitaire de Toulouse 2014, 528 p.
[16] Sur l'omission d'imposition d'installation d'une soupape de sécurité sur les véhicules équipés d'un moteur fonctionnant au gaz de pétrole liquide : TA Lyon, 6 février 2007, *Sté Swiss Life assurances de biens*, req. n° 0408013 , Lebon T. 1066 ;
[17] CJCE, 17 février 1970, Commission c/ Italie, aff. 31/69, Rec. 25.
[18] CE 6 juin 2007, *Baghdali*, req. n° 292076, AJDA 2007, p. 1157.
[19] BRACONNIER (S.), CASSIA (P.), GONOD (P.), PETIT (J.), PLESSIX (B.) et SEILLER (B.), *Le silence de l'administration vaudra acceptation. Big bang ou trou noir juridique ?*, JCP 2013, n° 1324 ; BENEZRA (G.), *Le silence de l'Administration : les vicissitudes de la réglementation française*, La Revue administrative, 20e année, n° 119 (septembre octobre 1967), pp. 540-546 ; LIET-VEAUX (G.), *Évolution*

n'ait jugé utile de proposer une quelconque définition de ce terme, même concise, avant de le ranger quelque peu arbitrairement dans cette catégorie. D'autres auteurs écrivent à propos de la décision implicite sans jamais faire état de sa nature[20].

Cette notion de « fiction juridique » serait-elle si évidente à appréhender qu'elle ne nécessiterait aucune explicitation de son sens ? Rien n'est moins sûr.
Il convient de relever à ce titre que très peu de travaux de recherche[21] ont été effectués sur ce thème, du moins sous l'angle du droit administratif. La thèse de D. COSTA[22] constitue d'ailleurs la première véritable (et encore aujourd'hui la seule) étude des fictions en droit administratif.
Il ressort en outre que négliger l'importance d'une telle notion constitue selon nous une erreur répréhensible sur un plan intellectuel dans la mesure où son analyse révèle son caractère éminemment central, a fortiori dans le droit administratif pour lequel elle représente un véritable vecteur d'évolution majeur.

Les fictions du droit existaient déjà depuis l'Antiquité[23], mais les recherches de leur fondement juridique ne furent entreprises que par les juristes médiévaux. Ainsi que l'écrit D. COSTA[24] : « *Ils durent se rendre à l'évidence qu'à l'origine du procédé se trouvait nécessairement une contrariété à la vérité* ». C'est cette contrariété à la vérité qui constitue probablement le véritable cœur de la définition. Il est intéressant de noter à ce titre qu'il faut veiller à ne pas faire l'amalgame entre fiction juridique et présomption légale simple. La relation qu'entretiennent ces deux notions avec la « vérité » n'est pas la même dans la mesure où la fiction naît d'une inadéquation entre un fait et une conséquence juridique tandis que la présomption simple s'évertue à rechercher l'inverse, une adéquation entre un (ou plusieurs) fait(s) et une conséquence juridique.

---

aberrante de la procédure du silence, La Revue Administrative, 17e année, n°99 (mai juin 1964), pp. 253-260 ; GONOD (P.), *Le silence de l'administration : bref aperçu de quelques solutions étrangères*, RFDA 2014, p. 43 ; RIBES (D.), *Le nouveau principe « silence de l'administration vaut acceptation »*, AJDA 2014, p. 389 ; SEILLER (B.), *Quand les exceptions infirment (heureusement) la règle : le sens du silence de l'administration*, RFDA 2014, p. 35.

[20] CASSIA (P.), *La décision implicite en droit administratif français*, La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales n° 27, 29 Juin 2009, p. 2156 ; DELVOLVÉ (P.), *Le silence en droit public*, RDP 2012, n° 4, p. 1171.

[21] LEROYER (A.-M.), *Les fictions juridiques*, Thèse Paris 2, 1995 ; WICKER (G.), *Les fictions juridiques : contribution à l'analyse de l'acte juridique*, Thèse Perpignan, 1994 et CHERMAK-FELONNEAU (M.), *Les fictions juridiques en droit pénal*, Thèse Paris 2, en cours de préparation depuis 2018.
Voir également la première thèse (accessible) sur le sujet des fictions juridiques : DEKKERS (R.), *La fiction juridique : étude de droit romain et de droit comparé*, Paris 1935, Recueil Sirey.

[22] COSTA (D.), *Les fictions juridiques en droit administratif*, LGDJ 2000, 632 p.

[23] Voir : DEKKERS (R.), *La fiction juridique : étude de droit romain et de droit comparé*, Paris 1935, Recueil Sirey.

[24] *Ibid.*, p. 43.

L'auteur J. DABIN[25], qui écrit sous l'angle du droit privé, définit la fiction juridique comme suit : « *Il y a fiction chaque fois qu'une réalité naturelle subit, de la part du juriste constructeur du droit, dénégation ou dénaturation* ». Nous retrouvons donc dans cette définition cette centrale contrariété ou inadéquation d'un fait à la réalité.
D. COSTA nomme cette « réalité naturelle » réalité « ajuridique », par opposition à la réalité juridique. Concernant plus spécifiquement le silence, Ch. EISENMANN écrit qu'en « *elle-même, l'abstention n'est qu'un néant* »[26], ce qui amène logiquement D. COSTA à assimiler le silence à une abstention. Nous reviendrons sur cette assimilation au cours de cette recherche, avec laquelle nous ne sommes pas tout à fait en accord[27].

René DEKKERS, repris par Paul-Alain FORIERS[28], définit quant à lui la fiction juridique comme « *une altération volontaire de la vérité, ayant pour effet de faire entrer une chose dans une catégorie juridique à laquelle elle ne ressortit pas naturellement, en vue de la soumettre au même régime. La fiction assimile des choses tout à fait différentes, alors que l'analyse est fondée sur les similitudes* »[29]. À première vue, le silence de l'Administration semble correspondre à cette définition dans la mesure où le fait de donner un sens juridique à un silence permet de le faire entrer dans une catégorie juridique qui n'est pas censée être la sienne : celle d'une décision de rejet ou d'acceptation. Il y a donc une assimilation entre décision implicite et décision expresse dans les effets juridiques qu'elles entraînent.

À titre d'exemple, J. RIVERO considère que sont des fictions juridiques – en droit administratif – l'effet rétroactif de l'annulation d'un acte administratif, la représentation du peuple par le Parlement et la responsabilité pour faute de service[30].

Cependant, tout cela ne suffit pas à qualifier le silence de fiction et encore moins de fiction juridique, il reste encore à vérifier si ces définitions trouvent à s'appliquer au silence juridique.

---

[25] DABIN (J.), *La technique de l'élaboration du droit positif*, Bruylant, Bruxelles, Sirey, Paris, 1935, p. 275.
[26] EISENMANN (Ch.), *Le droit administratif et le principe de légalité*, E.D.C.E. 1957, p. 25 et s., spéc. p. 32.
[27] Voir *infra*, p. 180 et s.
[28] Voir : FORIERS (P.), *Présomption et fiction*, in *Les présomptions et les fictions en droit*, Travaux du centre national de recherche logique, sous la direction de Ch. PERELMAN et P. FORIERS, E. Bruylant, 1974, p. 7-26.
[29] DEKKERS (R.), *La fiction juridique : étude de droit romain et de droit comparé*, Paris 1935, Recueil Sirey.
[30] RIVERO (J.), *Fictions et présomptions en droit public français*, in *Les présomptions et les fictions en droit*, Travaux du centre national de recherche logique, sous la direction de Ch. PERELMAN et P. FORIERS, Ed. Bruylant, 1974, pp. 95-105.

De la même manière que dans le langage courant l'adage « qui ne dit mot consent » constitue une fiction (on donne un sens parfaitement arbitraire à un fait), les règles successives[31] ont conféré au silence un caractère décisoire et ont ainsi fait passer cette abstention de la réalité ajuridique à la réalité juridique, en tant que décision implicite de rejet (ou désormais décision implicite d'acceptation). À ce titre, rejet comme acceptation sont des fictions (on donne un sens à une abstention).

Il apparaît donc nécessaire de comparer la fiction juridique avec la présomption légale si l'on désire ranger avec certitude dans l'une ou l'autre catégorie la décision implicite.

Dans son article intitulé « *Présomption et fiction* », Paul FORIERS compare « la présomption [qui] peut être exacte mais ne l'est pas forcément, tant s'en faut, à la fiction qui est certainement la légitimation du faux »[32]. Ainsi, écrit-il, « nous passons de la vérité hypothétique à l'erreur manifeste et qui plus est au traitement de l'erreur volontaire comme source de vérité juridique »[33].

En d'autres termes, et c'est sans doute le point de distinction fondamental entre les deux notions, les présomptions sont des modes de preuves tandis que les fictions sont des distorsions d'une norme préexistante, support potentiel des présomptions. Si l'on prend l'exemple du silence de l'Administration, il est en fait l'extrapolation d'une norme qui lui préexiste, à savoir la décision administrative expresse de rejet ou d'acceptation. En somme, le droit assimile à une décision expresse une décision implicite, mais cette assimilation ne constitue pas une preuve en elle-même.

Concernant la présomption légale, le Code civil la définit dans son article 1354 de la manière suivante : « *La présomption que la loi attache à certains actes ou à certains faits en les tenant pour certains, dispense celui au profit duquel elle existe d'en rapporter la preuve. Elle est dite simple, lorsque la loi réserve la preuve contraire, et peut alors être renversée par tout moyen de preuve ; elle est dite mixte, lorsque la loi limite les moyens par lesquels elle peut être renversée ou l'objet sur lequel elle peut être renversée ; elle est dite irréfragable lorsqu'elle ne peut être renversée* »[34].

La difficulté qui apparaît à la lecture de cette définition légale réside dans la distinction entre présomption simple et présomption irréfragable. En effet, les deux catégories de présomptions s'opposent en ce que les unes peuvent être renversées tandis que les secondes n'autorisent

[31] CHAPUS (R.), *Droit administratif général*, t.1, 15è ed., 2001, Monchrestien, n° 676 et 677, pp. 506-510.
[32] FORIERS (P.), *Présomption et fiction*, in *Les présomptions et les fictions en droit*, Travaux du centre national de recherche logique, sous la direction de Ch. PERELMAN et P. FORIERS, Ed. Bruylant, 1974, p. 7-26.
[33] *Ibid*.
[34] Voir l'article 1354 du Code civil.

pas la preuve contraire. Il est donc possible de considérer que les présomptions irréfragables ne sont pas réellement des moyens de preuves mais des procédés techniques proches de la fiction juridique, ce qui rend leur différenciation plus subtile.

L'un des exemples cités par l'auteur se trouve être de la règle selon laquelle « nul n'est censé ignorer la loi ». Il estime que dans un tel cas, la présomption s'éloigne tellement de la réalité qu'elle affirme le faux comme étant le vrai et est ainsi en réalité une fiction juridique. C'est ce rapport de la technique employée à la réalité, au « vrai », qui selon l'auteur, permet de distinguer essentiellement la fiction juridique de la présomption légale. Ainsi, pour lui l'autorité de chose jugée est une présomption et non pas une fiction dans la mesure où ce qu'énonce le jugement est le plus souvent « vrai », tandis que la règle selon laquelle « nul n'est censé ignorer la loi » ne se superpose à aucune réalité, juridique ou de fait. De la même manière, dire que l'Administration « accepte » ou « rejette » lorsqu'en réalité elle demeure silencieuse peut être assimilé à une fiction.

Il est intéressant de relever que selon Paul FORIERS, qui favorise la définition de la fiction donnée par le Vocabulaire juridique à savoir « un procédé de technique juridique consistant à supposer un fait ou une situation différente de la réalité pour en déduire des conséquences juridiques »[35], la jurisprudence peut tout autant que la loi créer des fictions juridiques.

L'auteur reconnaît tout d'abord l'existence de trois types de fictions légales : les fictions « terminologiques », les fictions « normatives » et les fictions « résultant d'une loi interprétative ». Les premières sont les plus fréquemment rencontrées, l'auteur cite – en droit privé – l'exemple des immeubles par destinations[36] ou des animaux de ferme que la loi assimile à des biens immeubles[37], allant même jusqu'à considérer comme biens immeubles les « pigeons, lapins, poissons, qui passent dans un autre colombier, garenne ou plan d'eau »[38].

Les secondes, les fictions « normatives » requièrent l'existence d'une règle complémentaire. L'auteur illustre cette hypothèse avec la fiction de l'usufruit[39]. Pour lui, l'usufruitier est celui qui jouit de la chose de la même manière qu'un propriétaire alors qu'il ne l'est pas – c'est la base de la fiction –, mais il ne peut le faire que s'il conserve la substance de la chose dont il jouit. Pour que la fiction puisse être mise en œuvre, il faut donc respecter une condition contraignante, ce qui la distingue du premier type de fiction légale identifié par FORIERS.

[35] CORNU (G.), *Vocabulaire juridique,*, PUF, 13e éd., 2020. Entrée : fiction juridique.
[36] Article 524 du Code civil.
[37] Article 522 du Code civil.
[38] Article 564 du Code civil
[39] Article 578 du Code civil.

L'auteur propose un troisième et dernier type de fiction légale, qui serait donc « la fiction résultant d'une loi interprétative », hypothèse fréquemment rencontrée. Pour lui, c'est exclusivement à la compétence du juge, et a fortiori à celle de la Cour de cassation, que ressortit cette compétence de clarification d'une loi antérieure obscure et non au législateur[40]. La loi interprétative serait donc elle-même une fiction dans la mesure où l'interprétation donnée par le juge échappe au principe de non-rétroactivité et, ce faisant, fait comme si le nouveau texte – substitué à l'ancien – avait toujours existé.

Ensuite, concernant la fiction jurisprudentielle, Paul FORIERS affirme que « le mensonge aide à passer un cap difficile, à habituer l'esprit des juges et des justiciables à une idée nouvelle »[41]. Il se base sur la règle jurisprudentielle de l'immunité des diplomates[42], qui reposa dans un premier temps sur la fiction de l'exterritorialité du sol de l'ambassade.

Enfin, Paul FORIERS conclut en insistant sur la continuité existant entre présomption et fiction. Si l'une ne doit pas être prise pour l'autre comme nous avons pu le démontrer à travers ces lignes, elles demeurent néanmoins non seulement proches dans la conception logique et surtout complémentaires l'une de l'autre, la fiction juridique étant en quelque sorte le siège théorique de la présomption, qui constitue une preuve.

Maintenant, il serait tout à fait légitime de se demander pour quelle raison le droit devrait rechercher à tordre la réalité ajuridique pour en faire une réalité juridique, plutôt que de chercher à simplement traduire fidèlement (ou juridiciser) des faits en faits juridiques ? Pourquoi, plus simplement, avoir recours aux fictions juridiques, « mensonges de la loi »[43] ?

La réponse à cette interrogation s'avère en fait assez simple : à l'instar du rôle des fictions non juridiques, il s'agit avant tout de rechercher à adapter le droit aux diverses situations. Paul FORIERS relève d'ailleurs à propos des fictions juridiques et présomptions « *l'immense*

---

[40] L'arrêt de la Cour de cassation, 3e civ. 27 février 2002 pose le principe selon lequel « *une loi ne peut être considérée comme interprétative qu'autant qu'elle se borne à reconnaître, sans rien innover, un droit préexistant qu'une définition imparfaite a rendu susceptible de controverses* ».
Il convient de préciser que selon une jurisprudence constante (v. par exemple : Cour de cass., 2e civ. 18 janvier 1961, Bull. civ. n° 52), la loi interprétative est indissociable de la loi qu'elle interprète et entre donc en vigueur en même temps qu'elle. Ces « lois » constituent donc une exception au principe de non-rétroactivité. Même lorsqu'une telle loi interprétative intervient, cela n'ôte pas au législateur la possibilité d'affirmer sa volonté par la suite.

[41] FORIERS (P.), *Présomption et fiction*, in *Les présomptions et les fictions en droit*, Travaux du centre national de recherche logique, sous la direction de Ch. PERELMAN et P. FORIERS, E. Bruylant, 1974, p. 7-26.

[42] D'abord posé par la Cour internationale, ce principe est désormais inscrit dans la Convention de Vienne du 18 avril 1961 sur les relations diplomatiques, complétée par la convention de Vienne du 24 avril 1963 sur les relations consulaires et les accords de siège passés entre la France et les organisations internationales.

[43] CORNU (G.), *Vocabulaire juridique,* PUF, 13e éd., 2020. Entrée : fiction juridique.

contribution qu'elles [fictions et présomptions] peuvent apporter dans la conduite d'un raisonnement juridique soucieux certes par nature de respecter les normes, mais aussi d'assurer une justice mieux adaptée et partant plus proche de l'humain »[44].

En effet, certaines réalités ou vérités ont beau être considérées comme telles, elles n'en sont pas toutes pour autant en adéquation avec les besoins induits par la vie en société. Pour reprendre l'exemple du silence gardé par l'Administration valant rejet ou acceptation, il est possible de constater que cette fiction est née de considérations, à l'origine en tout cas, extrêmement pragmatiques : la fiction du silence sert à lier le contentieux pour pallier l'inaction voire le « mauvais vouloir » de l'Administration.

Ainsi que l'écrit M. HAURIOU : « *Il restait à triompher d'un obstacle très sérieux provenant de ce que, primitivement, l'administrateur, saisi de réclamations destinées à provoquer la création du contentieux, n'était pas obligé de statuer et pouvait, par son silence ou son inaction, empêcher la liaison de l'instance* »[45].

De manière plus générale, D. COSTA estime que « *la perpétuelle mutation du droit administratif désigne son empirique capacité à s'adapter aux fluctuations de la réalité qui lui est extérieure : la fiction juridique la rend possible* »[46]. Le droit administratif est en constante « mutation pragmatique »[47] et la fiction est le procédé lui permettant de s'effectuer avec efficacité et cohérence. Comme le souligne l'auteure, « *c'est grâce aux fictions que le droit administratif assure sa pérennité, qu'il est et qu'il doit rester autonome* »[48].

Cette prise de conscience amène donc naturellement à se demander si le passage d'un principe de silence valant rejet à celui de silence valant acceptation prévu par la loi du 12 novembre 2013[49] ne constituerait pas un indicateur d'une nouvelle étape de l'évolution étatique et administrative.

Après tout, c'est par le biais de fictions juridiques que l'État a muté au cours de l'histoire jusqu'à atteindre la forme qu'on lui connaît aujourd'hui (passage de l'État légal à l'État de droit avec le principe de légalité ou celui de l'État gendarme à l'État Providence avec l'évolution du principe de responsabilité).

Si nous pouvons considérer que le silence constitue une fiction juridique, on se rend compte que cette notion comporte de nombreux aspects et ne peut, de ce fait, être employée à la légère.

---

[44] FORIERS (P.), *loc. cit.*
[45] HAURIOU (M.), *Précis de droit administratif et de droit public*, Paris, Sirey, 12ème éd., 1933, p. 386.
[46] COSTA (D.), *Les fictions juridiques en droit administratif*, LGDJ, 2000, p. 559.
[47] *Ibid.*, p. 560.
[48] *Ibid.*
[49] Loi n° 2013-1005 du 12 novembre 2013 habilitant le Gouvernement à simplifier les relations entre l'administration et les citoyens.

Il apparaît également nécessaire de qualifier juridiquement cette fiction du droit. Certains parlent de principe, voire de principe général du droit, tandis que d'autres mentionnent simplement une « règle générale », pour autant que cela ait un sens.
Concrètement, le silence gardé par l'Administration pendant un délai de plus de deux mois valant, à l'origine, rejet, correspondrait d'après le Conseil Constitutionnel à un principe général du droit[50], approche que ne semble pas partager R. CHAPUS[51] pour qui la décision implicite de rejet (donc le silence) n'est pas un principe général du droit mais une « *règle générale, écrite »* selon l'expression jurisprudentielle.

La nuance entre ces deux notions est lourde de conséquences. En effet, si l'on se réfère à la définition des principes généraux du droit donnée par le Vocabulaire Juridique de G. CORNU, il s'agirait de : « *Règles admises par la jurisprudence comme s'imposant à l'administration et à ses rapports avec les particuliers, même sans texte, et ayant une valeur égale à celle de la loi, de sorte que celle-ci puisse y déroger et que, au contraire, l'administration et le pouvoir réglementaire doivent respecter* »[52]. Il serait possible d'affiner cette définition en rajoutant qu'un tel principe peut également se voir remis en cause par le biais d'une convention internationale. De même, R. CHAPUS[53] précise concernant la norme législative capable d'écarter l'application d'un principe général du droit qu'elle doit être « *précise* et *claire* ». En cas de doute, le juge estimera que le principe s'applique bel et bien[54].

Alors donc que le principe général de droit possède une valeur infra-législative mais supra-décrétale et une portée impérative (à l'égard de l'Administration), ce n'est pas le cas de la simple « règle générale » mentionnée par la jurisprudence, ayant une valeur infra-décrétale et surtout, une portée apparemment supplétive.

En effet, si l'on prend le temps de revenir sur les origines de cette règle ainsi que sur ses évolutions, on constate que le principe du droit administratif voulant que le silence conservé par l'Administration pendant un certain délai vaut rejet a été initialement introduit, non pas par la loi du 17 juillet 1900 comme il est possible de le lire souvent, mais bien par un décret du 2

[50] Décision n°69-55 L du 26 juin 1969, *Protection des sites*, cons. 5 : « Considérant que d'après un principe général de notre droit le silence gardé par l'administration vaut décision de rejet et, qu'en l'espèce, il ne peut y être dérogé que par une décision législative ».
[51] CHAPUS (R.), *Droit administratif général*, t.1, 15è ed., 2001, Monchrestien, n°676, p. 506.
[52] CORNU (G.), *Vocabulaire juridique,*, PUF, 13e éd., 2020. Entrée : principe général.
[53] CHAPUS (R.), *op. cit.*, n°150, p. 117.
[54] Voir l'exemple donné par CHAPUS sur l'excès de pouvoir (*Ibid.*).

novembre 1864[55], à l'égard des recours gracieux auprès des ministres. La loi précitée l'a en revanche généralisé[56].

Un décret de 1953[57] étendra le principe aux tribunaux administratifs, qui sera modulé par la loi du 7 juin 1956[58]. Après l'adoption de la Constitution de 1958, la règle sera reprise par le décret du 11 janvier 1965[59] puis cristallisée par la loi DCRA du 12 avril 2000[60] avant d'être curieusement « renversée » par la dernière loi en date du 12 novembre 2013[61].

Pour résumer, le Conseil constitutionnel a de fait, dans la décision précitée, assimilé à un principe général du droit une simple règle posée par les textes mentionnés ci-dessus. Toutefois, le Conseil d'État a réfuté cette qualification dans l'année qui a suivi celle de la décision du Conseil constitutionnel[62]. R. CHAPUS[63] avance comme raisons de ce choix, d'une part la volonté d'éviter la conséquence selon laquelle seule la loi pourrait déroger au principe, d'autre part que cette assimilation du silence à une décision de rejet n'est pas respectueuse de l'esprit des principes généraux du droit, favorable aux administrés.

Avant que l'intervention de la loi du 12 avril 2000, qui consacre par son article 21 le principe selon lequel le silence conservé par l'Administration pendant un délai désormais de deux mois équivaut à une décision de rejet, tout en précisant qu'il peut y être dérogé par décret en Conseil d'État (donc par voie réglementaire), ne vienne mettre définitivement un terme à ce débat, le Conseil d'État avait de nouveau, en 1975[64], considéré que cette règle ne résultait de

---

[55] DUVERGIER (J.-B.), *Collection complète des lois, décrets, ordonnances, règlements et avis du Conseil d'État*, Paris, A. Guyot et Scribe, 1824-1949, tome soixante-quatrième, spéc. p. 436 : « *7. Lorsque les ministres statuent sur des recours contre les décisions d'autorités qui leur sont subordonnées, leur décision doit intervenir dans le délai de quatre mois à dater de la réception de la réclamation au ministère. […] Après l'expiration de ce délai, s'il n'est intervenu aucune décision, les parties peuvent considérer leur réclamation comme rejetée et se pourvoir devant le conseil d'État* ».

[56] Voir : Article 3 de la loi des 17-19 juillet 1900 n°38201 portant modification de la loi du 26 octobre 1888, relative à la création d'une section temporaire du contentieux au Conseil d'État, *D.*, IV., p. 77 : « *Dans les affaires contentieuses qui ne peuvent être introduites devant le Conseil d'État que sous la forme de recours contre une décision administrative, lorsqu'un délai de plus de quatre mois s'est écoulé, sans qu'il soit intervenu aucune décision, les parties intéressées peuvent considérer leur demande comme rejetée et se pourvoir devant le Conseil d'État* ».

[57] Décret n° 53-934 du 30 septembre 1953 portant réforme du contentieux administratif (article 3).

[58] Loi n° 56-557 du 7 juin 1956 relative aux délais de recours contentieux en matière administrative.

[59] Décret n° 65-29 du 11 janvier 1965 relatif aux délais de recours contentieux en matière administrative.

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

[61] Loi n° 2013-1005 du 12 novembre 2013 habilitant le Gouvernement à simplifier les relations entre l'administration et les citoyens.

[62] CE Ass., 27 février 1970, *Commune de Bozas*, p. 139, AJ 1970, p. 225, chron. R. DENOIX DE SAINT MARC et D. LABETOULLE, JCP 1970, n° 16340, note M. C.

[63] CHAPUS (R.), *Droit administratif général*, t.1, 15è ed., 2001, Monchrestien, n° 137, p.109 et s.

[64] CE, 23 avril 1975, *Vilain*, p. 248.

rien d'autre que d'un texte réglementaire[65]. Elle ne pouvait donc pas constituer un principe général du droit, la loi étant la seule (en dehors des normes juridiques internationales issues des conventions et traités internationaux) à pouvoir la remettre en cause.

Néanmoins, cela n'a pas empêché le Conseil constitutionnel de réaffirmer son point de vue divergent dans une décision de 1995[66].

Il ressort donc de cette analyse que, si le silence de l'Administration a pu à un moment donné être assimilé à un principe général du droit, la loi du 12 avril 2000[67] est venue mettre un terme aux ambiguïtés en conférant à cette règle une valeur législative, donc supérieure au principe général du droit.

Aujourd'hui, après l'entrée en vigueur de la loi de 2013[68], la question de la valeur juridique de ce « principe » se pose avec moins de vigueur dans la mesure où, comme nous aurons l'occasion de l'étudier, la réforme a en quelque sorte dénaturé le principe en le diluant au sein de très nombreuses exceptions[69]. En revanche, sa nature de fiction juridique ne fait aucun doute.

B. La définition de la décision administrative

Cette recherche se fonde ensuite sur la notion de décision administrative, qu'il convient donc de délimiter. Il est avéré en effet – par la fiction de la décision implicite – qu'une décision administrative peut exister sans qu'il soit besoin d'un support matériel. Ainsi, cela signifie a contrario que ce n'est pas la matérialité qui définit la décision.

Pour autant, nous ne pensons pas que la décision expresse et la décision implicite puissent être mises sur un pied d'égalité, en tout cas d'un point de vue conceptuel. Cela revient à dire qu'il existe selon nous une différence fondamentale entre les deux (en dehors du critère matériel) et nous amène à réfléchir sur ce qui peut définir la décision en droit administratif.

Malgré la difficulté de l'exercice, nous allons tenter, en nous appuyant sur certains travaux récents[70], de nous approcher le plus possible d'une définition précise de la décision administrative.

Commençons par relever qu'il existe, selon les recherches effectuées par B. DEFOORT, plus d'une vingtaine d'expressions distinctes pour faire référence à la décision administrative[71].

---

[65] Il s'agissait encore à l'époque du décret du 11 janvier 1965.
[66] CC, 18 janvier 1995, *Loi d'orientation relative à la sécurité*, 12e considérant.
[67] Loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations.
[68] Loi n° 2013-1005 du 12 novembre 2013 habilitant le Gouvernement à simplifier les relations entre l'administration et les citoyens.
[69] Voir *infra*, p. 221.
[70] Nous nous appuierons en particulier sur la thèse de Benjamin DEFOORT, *La décision administrative*, thèse Paris, LGDJ, 2015, 679 p. ; Voir aussi : DEFOORT (B.), *Définir la décision administrative dans le futur code des relations entre le public et les administrations ?*, AJDA 2015, p. 811.
[71] DEFOORT (B.), *La décision administrative*, thèse Paris, LGDJ, 2015, p. 6.

Cette observation couplée au fait qu'il n'existe aucune définition légale, ni même de tentative, des termes « décision administrative » laisse à penser que tous les termes employés par la doctrine et le juge ont tous la même signification, y compris lorsqu'il s'agit d'une décision implicite.

Comme le relève B. DEFOORT, le principal problème reste que le droit positif ne donne pas lui-même de définition de ce qu'est une décision administrative[72], et ce malgré les lois du 24 mai 1872 qui « confirme le caractère non suspensif des 'recours formés contre les décisions des autorités administratives'[73] » et du 17 juillet 1900, « qui dispose que 'les affaires contentieuses […] ne peuvent être introduites devant le Conseil d'État que sous la forme d'un recours contre une décision administrative »[74], sans pour autant déterminer ce que sont ces décisions…

Heureusement, notre sujet, s'il recourt à ces termes, ne se trouve pas conditionné par cette absence de consensus autour de leur définition. En effet, c'est davantage l'implicite qui se situe au centre de cette étude, la décision n'étant que le support de l'implicite. Plus exactement, c'est la nature implicite de la décision qui délimite la notion de décision que nous étudions au cours de cette recherche. Néanmoins, il ne paraît inutile de tenter de cerner plus précisément ce que recouvre la notion de décision administrative, et voir en quoi elle se distingue des autres notions auxquelles elle est parfois assimilée, tel que l'acte administratif unilatéral.

En ce qui concerne la doctrine juridique, Benjamin DEFOORT propose la définition suivante de la décision administrative au terme de sa thèse : « *la décision administrative est la signification impérative d'un acte de volonté unilatérale et arrêtée d'une autorité administrative* »[75].
Agathe VAN LANG précise qu'il existe une distinction entre décision administrative et acte administratif unilatéral[76]. Car si la décision administrative est un acte administratif unilatéral, tous les actes administratifs unilatéraux ne sont pas des décisions administratives[77]. Selon la formule de R. CHAPUS, reprise par A. VAN LANG, la décision est à l'acte « ce que l'espèce est au genre »[78].
La définition de la décision administrative donnée dans le *Dictionnaire de droit administratif*[79] précise qu'elle correspond à « *l'expression de la volonté unilatérale d'une autorité administrative* » et qu'elle « *s'impose à ses destinataires sans leur consentement, et sans qu'un titre*

[72] *Ibid*., p. 7.
[73] Art. 24 de la loi du 24 mai 1872 (*JO*, 31 mai 1872, Bull. des lois, t. 4, 1872, p. 505).
[74] Art. 3 de la loi du 17 juillet 1900 (*JO*, 19 juillet 1900, Bull. des lois, 12ème série, t. 61, p. 5).
[75] DEFOORT (B.), *La décision administrative*, thèse Paris 2, LGDJ, 2015, p. 624.
[76] VAN LANG (A.), GONDOUIN (G.), INSERGUET-BRISSET (V.), *Dictionnaire de droit administratif*, Sirey, 8ème éd., à paraître 2021. Entrée : « décision ».
[77] SEILLER (B.), *Droit administratif. L'action administrative*, Flammarion, 2001, p. 117.
[78] CHAPUS (R.), *Droit administratif général*, tome 1, Montchrestien, 15ème éd., 2001, p. 502 (§669).
[79] VAN LANG (A.), GONDOUIN (G.), INSERGUET-BRISSET (V.), *op. cit.*

de justice soit nécessaire pour permettre son application, en vertu du privilège d'action d'office (ou privilège du préalable) ».

La différence fondamentale que la décision administrative possède avec la notion d'acte administratif unilatéral tient dans son caractère normatif (c'est-à-dire qu'elle produit des effets de droit). « *Tantôt la décision modifie visiblement l'ordonnancement juridique, par l'adjonction ou la suppression de normes, tantôt elle maintient le droit préexistant sans changement, par une décision de refus, traduisant la volonté de ne pas modifier l'état du droit* »[80].

Dans tous les cas, selon la définition donnée par A. VAN LANG, la décision administrative est un « acte faisant grief », qui affecte donc ses destinataires. D'où la possibilité d'en demander l'annulation par la voie du recours pour excès de pouvoir. Il convient cependant de préciser « *qu'il existe aujourd'hui une dissociation entre la normativité d'un acte et sa justiciabilité fondée sur la prise en compte de ses effets concrets. Ainsi, les mesures d'ordre intérieur sont de véritables décisions, mais la minceur de leurs effets exclut qu'elles fassent grief. Inversement, les actes de droit souple qui sont des actes non décisoires, peuvent faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir*[81] *et plus largement tous les « documents de portée générale […] susceptibles d'avoir des effets notables sur les droits ou la situation » des personnes*[82] »[83].

Si l'on pouvait espérer que le Code des relations entre le public et l'administration (CRPA), entré en vigueur au premier janvier 2016[84], apporte enfin[85] une définition législative à l'acte administratif unilatéral ou à la décision administrative, ce n'est pas le choix qui a été fait par les codificateurs. Ce choix apparaît d'autant plus déroutant que le début du Livre II s'intitule « Les actes unilatéraux pris par l'Administration ».

Pour autant, cette absence de définition explicite ne signifie pas pour autant absence totale de définition. En effet, F. MELLERAY relève qu'en distinguant les principales catégories d'actes administratifs unilatéraux « *afin de pouvoir préciser leur régime juridique, [les codificateurs] ont été amenées à affirmer de manière très nette, à rebours de nombreuses présentations doctrinales, la distinction entre acte administratif unilatéral et décision administrative* »[86].

---

[80] *Ibid.*
[81] CE ass. 21 mars 2016, *Sté Fairvesta International GmbH et a.*, n° 368082, Rec. 77 concl. von Coester.
[82] CE sect. 12 juin 2020, *GISTI*, n° 418142, Rec., AJDA 2020, p. 1407.
[83] VAN LANG (A.), GONDOUIN (G.), INSERGUET-BRISSET (V.), *op. cit.*
[84] La codification a été autorisée par l'article 3 de la loi n° 2013-1005 du 12 novembre 2013 habilitant le Gouvernement à simplifier les relations entre l'administration et les citoyens. Il a été édicté par l'ordonnance n° 2015-1341 en date du 23 octobre 2015 pour sa partie législative et par le décret n° 2015-1342 du 23 octobre 2015 pour sa partie réglementaire. Sa publication au *Journal officiel* date du 25 octobre 2015.
[85] L'utilité d'une telle définition a été discutée par B. DEFOORT : B. DEFOORT, *Définir la décision administrative dans le futur code des relations entre le public et les administrations ?*, AJDA 2015, p. 811.
[86] MELLERAY (F.), *Les apports du CRPA à la théorie de l'acte administratif général*, AJDA, n° 44, 2015, pp. 2491-2493, spéc. p. 2491.

Contrairement à la distinction que nous avons pu établir précédemment, l'auteur constate que les notions d'acte administratif unilatéral et de décision administrative sont souvent assimilées dans les études qui leur sont consacrées. Ainsi, il cite les présidents Michel ROUGEVIN-BAVILLE, Renaud DENOIX DE SAINT MARC et Daniel LABETOULLE, qui définissent l'acte administratif unilatéral comme un acte ayant « *le caractère d'une décision qui tend à affecter les droits et les obligations des personnes qu'il va viser* »[87]. De la même manière, il relève que Jacques MOREAU écrit que l'acte administratif unilatéral « *est une manifestation de volonté émanant d'une autorité administrative qui est susceptible de modifier l'ordonnancement juridique* »[88].

Comme le souligne F. MELLERAY[89], le CRPA, à défaut de donner une définition explicite, semble cependant valider la distinction développée entre autres par R. CHAPUS, qui jugeait qu'un acte unilatéral et une décision ne se confondent pas, « *cette dernière [étant] au premier ce que l'espèce est au genre* »[90]. Le code dispose en effet dans son article L. 200-1 qu'il convient de distinguer « *les actes administratifs unilatéraux décisoires et non décisoires* » et ajoute que les premiers « *peuvent être également désignés sous le terme de décisions* ».

Ainsi, nous considérons que sont automatiquement concernées par notre étude toutes les décisions administratives – selon la définition retenue par le Dictionnaire de droit administratif[91] – nées d'un silence maintenu par l'autorité administrative disposant de la compétence pour édicter l'acte et pouvant faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir.

L'unique point qu'il nous restera à éclaircir concernant la définition de la décision administrative réside dans la condition de son existence. Plus spécifiquement, nous poserons au cours de cette recherche la question du rôle de la volonté de l'Administration dans la naissance d'une décision administrative, qu'elle soit implicite ou expresse. Nous pourrons constater à cette occasion qu'il existe selon nous une distinction fondamentale de ce point de vue entre décision expresse et décision implicite.

[87] ROUGEVIN-BAVILLE (M.), DENOIX DE SAINT MARC (R.) et LABETOULLE (D.), *Leçons de droit administratif*, Hachette, 1989, p. 102.
[88] MOREAU (J.), *Droit administratif*, PUF, 1989, p. 156.
[89] MELLERAY (F.), *op. cit.*, p. 2492.
[90] CHAPUS (R.), *Droit administratif général*, tome 1, Montchrestien, 15e éd., 2001, n° 669.
[91] VAN LANG (A.), GONDOUIN (G.), INSERGUET-BRISSET (V.), *op. cit.* Entrée : « décision ».

C. La définition de l'Administration

Le dernier point à aborder ici concerne la définition de l' « Administration ». D'après la définition donnée par G. GONDOUIN dans le Dictionnaire de droit administratif, l'administration est – dans le vocabulaire courant – « *l'activité consistant à gérer des affaires publiques ou privées ou encore des biens* »[92]. Elle ajoute qu'à côté de cette conception matérielle ou fonctionnelle, il existe une conception organique : « *l'Administration (souvent avec une majuscule) se définit alors comme un ensemble d'organes ou de services* »[93].

De manière plus spécifique à notre sujet, et notamment en droit administratif, on s'intéresse avant tout à l'administration publique[94]. Toujours selon la même définition, l'administration – d'un point de vue matériel – est « *l'ensemble des activités ou fonctions exercées, éventuellement en mettant en œuvre des prérogatives de puissance publique, en vue de satisfaire les besoins de la collectivité, essentiellement service public et police* » et, d'un point de vue organique, elle est « *l'ensemble des organes et agents chargés d'assurer les missions administratives des personnes publiques* ». Il est à noter que les deux sens sont difficilement dissociables.

Il convient également de préciser que si le législateur, le juge et le gouvernement entrent dans la définition de l'Administration au sens organique autant que matériel (dans la mesure où tous ont pour but la satisfaction de l'intérêt général), les trois pouvoirs sont cependant à distinguer du fait d'administrer, ce qui ne s'avère pas toujours évident.

Enfin, « *des fonctions administratives sont parfois confiées à des personnes privées, physiques ou morales, qui sont alors souvent chargées d'une mission de service public*, ou associées à la gestion d'un tel service* »[95]. L'auteure de la définition précise que les deux sens du terme administration, organique et matériel, sont ici disjoints.

Pour ce qui concerne la présente recherche, nous excluons du champ de l'Administration les fonctions régaliennes de légiférer, juger et de gouverner, pour nous focaliser sur l'administration active, c'est-à-dire celle qui rend les décisions administratives[96]. De même, nous ne nous intéresserons pas aux personnes morales de droit public ou privé en charge de missions de service public industriel et commercial, ou qui ne sont pas chargées d'une mission de service public.

---

[92] VAN LANG (A.), GONDOUIN (G.), INSERGUET-BRISSET (V.), *Dictionnaire de droit administratif*, Sirey, 8ème éd., à paraître. Entrée : « administration ».
[93] *Ibid.*
[94] Voir aussi : SEILLER (B.), *Acte administratif : identification – Notions*, Répertoire de contentieux administratif, juillet 2020, n°s 10-23.
[95] VAN LANG (A.), GONDOUIN (G.), INSERGUET-BRISSET (V.), *op. cit.*
[96] TIRFINE (P.), *Le droit administratif*, Revue générale du droit 2013, numéro 4203 (en ligne) ; PANCHAUD (A.), *La décision administrative. Étude comparative*, in *Revue internationale de droit comparé*, vol. 14, n° 4, octobre-décembre 1962, pp. 677-697, spéc. p. 677.

En effet, le CRPA définit l'administration dans son article L. 100-3-1° comme « *les administrations de l'État, les collectivités territoriales, leurs établissements publics administratifs et les organismes et personnes de droit public et de droit privé chargés d'une mission de service public administratif, y compris les organismes de sécurité sociale* ».

Il est possible de remarquer que le Code emploie le singulier malgré la diversité des organes visés sous ce qualificatif. C'est la raison pour laquelle nous faisons le choix dans cette étude d'orthographier le terme « Administration » avec une majuscule, hormis de manière exceptionnelle lorsqu'il s'agira d'identifier une administration en particulier.

§2. Intérêt et enjeux de la recherche

Assez curieusement, alors qu'il semble que de plus en plus de domaines du droit ont fait l'objet de travaux de recherche approfondis, la décision implicite fait figure d'exception relative.

En effet, le mécanisme du silence de l'Administration, qui se traduit juridiquement soit par un rejet, soit par une acceptation, est un phénomène suscitant curieusement très peu d'intérêt de la part de la doctrine juridique. Si la réforme de 2013[97] a permis de remettre la décision implicite sous les projecteurs, force est de constater que cela n'a pas eu pour conséquence de piquer davantage l'intérêt des théoriciens du droit, s'arrêtant très souvent à une présentation historique de la fiction juridique du silence de l'Administration ou à une critique « à chaud » de la réforme (A). En outre, nous estimons que l'étude du silence de l'Administration nécessite un traitement différent de celui des abstentions de manière générale, ce qui est rarement le parti pris de la doctrine juridique s'étant intéressée au sujet[98] (B). La particularité du silence de l'Administration est qu'il constitue à la fois une abstention et une inaction, mais jamais fautive contrairement aux autres cas d'inertie que nous avons pu relever précédemment[99].

---

[97] *op. cit.*

[98] Voir notamment : FALLON (D.), *L'abstention de la puissance publique et la garantie des droits fondamentaux*, thèse Toulouse 1, LGDJ 2014, 536 p. ; PARINET (P.), *La carence de l'administration*, thèse Tours, 594 p. ; DORLENCOURT-DETRAGIACHE (D.), *Contribution à une théorie de la carence en droit administratif français*, thèse Paris II, 1972, 984 p. ; GUIAVARC'H (G.), *Abstention et obligation d'agir en droit public. Recherche sur l'incomplétude du droit et l'obligation de création des normes*, thèse Rennes 1, 1995, 597 p. ; MONTANÉ DE LA ROQUE (P.), *L'inertie des pouvoirs publics*, Paris, Dalloz, 1950, 546 p.

[99] Voir *supra*, p. 3 et s.

A. Un manque de recul paradoxal sur la fiction du silence

Lors des nombreuses lectures effectuées autour du sujet de cette thèse, un point nous a particulièrement marqué : contrairement à ce que l'ancienneté du mécanisme de la décision implicite pourrait laisser penser, cette dernière n'a, jusqu'à aujourd'hui, presque pas été étudiée et a encore moins fait l'objet de recherches dédiées.

Cela peut sans doute se comprendre – en partie du moins – du fait de l'évolution relativement brutale de ce mécanisme. Conçu initialement comme une parade contre le déni d'administration[100], le silence-rejet n'appelait pas nécessairement d'analyses approfondies et la plupart des juristes s'intéressant à la notion n'y consacraient guère que quelques lignes dans des thèses consacrées à un objet plus large[101] ou des manuels généralistes[102]. Parallèlement à ce phénomène, la naissance des exceptions à ce principe du silence-rejet – à l'origine ponctuelles ou minimes – a fait couler encore moins d'encre, à tel point qu'il nous a été extrêmement difficile de rassembler des données pertinentes concernant le sens positif du silence avant que n'intervienne la réforme de 2013[103]. Ainsi, si l'existence du principe du silence-rejet a toujours semblé aller d'elle-même et n'a suscité que très peu d'intérêt de la part de la doctrine juridique,

---

[100] Sur cette notion, voir : PARRICAL DE CHAMMARD (J.), *Le recours contre le déni d'administration (Étude de l'art. 7 du décret du 2 novembre 1864 et de l'art. 3 de la loi du 17 juillet 1900)*, thèse Paris, E. Larose, 1911, 118 p.

[101] *op. cit.*

[102] Voir : CHAPUS (R.), *Droit administratif*, Montchrestien, 15ème éd., 2001, 1427 p. ; TRUCHET (D.), *Droit administratif*, PUF, 8ème éd., 2019, 520 p. ; HAURIOU (M.), *Précis de droit administratif*, Dalloz, 12ème éd., rééd. 2002, 1150 p. ; BONNARD (R.), *Précis de droit administratif*, LGDJ, 4e éd., 1943, 786 p. ; SEILLER (B.), *Droit administratif,* tome 2, Flammarion, 7ème éd., 2018, 384 p. ; WALINE (M.), *Droit Administratif*, Sirey, XVI, 9ème éd, 1963, 934 p. ; FRIER (P.-L.) et PETIT (J.), *Droit administratif*, LGDJ, 14ème éd., 2020, 800 p. ; GAUDEMET (Y.), *Droit administratif*, LGDJ, 23ème éd., 2020, 652 p. ; STIRN (B.) et AGUILA (Y.), *Droit public français et européen*, Dalloz, 3ème éd., 2021, 712 p. ; LOMBARD (F.), DUMONT (G.) et SIRINELLI (J.), *Droit administratif*, Dalloz, 13ème éd., 2019, 696 p. ; WALINE (J.), *Droit administratif*, Dalloz, 28ème éd., 2020, 850 p. ; LEBRETON (G.), *Droit administratif général*, Dalloz, 10ème éd., 2019, 620 p. ; PLESSIX (B.), *Droit administratif général*, LexisNexis, 3ème éd., 2020, 1770 p. ; CHRÉTIEN (P.), CHIFFLOT (N.) et TOURBE (M.), *Droit administratif*, Sirey, 17ème éd., 2020, 946 p. ; MORAND-DEVILLER (J.), BOURDON (P.), POULET (F.), *Droit administratif*, LGDJ, 16ème éd., 2019, 868 p. ; FOILLARD (Ph.), *Droit administratif*, Larcier, 19ème éd., 2015, 486 p. ; ROUAULT (M.-C.), *Droit administratif et institutions administratives*, Larcier, 6ème éd., 2020, 550 p. ; MAURIN (A.), *Droit administratif*, Sirey, 12ème éd., 2020, 430 p. ; LACHAUME (J.-F.), PAULIAT (H.), BRACONNIER (S.) et DEFFIGIER (C.), *Droit administratif. Les grandes décisions de la jurisprudence*, PUF, 17ème éd., 2020, 1044 p. ; WEIL (P.) et POUYAUD (D.), *Le droit administratif*, Que Sais-je ?, 2017, 128 p.
Voir également : CHAPUS (R.), *Droit du contentieux administratif*, Montchrestien, 13ème éd., 2008, 1560 p. ; BROYELLE (C.), *Contentieux administratif*, LGDJ, 8ème éd., 2020, 540 p. ; GOHIN (O.) et POULET (F.), *Contentieux administratif*, LGDJ, 10ème éd, 2020, 640 p. ; GUYOMAR (M.) et SEILLER (B.), *Contentieux administratif*, 5ème éd., 2019, 660 p. ; BLANCO (F.), *Contentieux administratif*, PUF, 2019, 784 p. ; LE BOT (O.), *Contentieux administratif,* Bruylant, 7ème éd., 2020, 376 p. ; ODENT (R.), *Contentieux administratif*, Dalloz, 2007, 1064 p. ; PACTEAU (B.), *Traité de contentieux administratif*, PUF, 2008, 648 p.

[103] Loi n° 2013-1005 du 12 novembre 2013 habilitant le Gouvernement à simplifier les relations entre l'administration et les citoyens.

l'apparition des exceptions à ce principe – les cas de silence-acceptation – a été ignorée avec encore plus de force.

Il a finalement fallu attendre la réforme initiée par François HOLLANDE dans le cadre du « choc de simplification », et donc l'inversion inattendue du principe « silence vaut rejet », pour que la doctrine juridique se saisisse du sujet et découvre un intérêt soudain à la fiction du silence. Malgré tout, encore une fois, c'est moins le mécanisme du silence lui-même qui a fait couler l'encre que la réforme de manière générale, certes critiquable à bien des égards.

La concrétisation de la réforme et sa mise en œuvre ont permis un regain d'intérêt de la doctrine juridique pour la décision implicite[104], permettant d'envisager une éventuelle réforme postérieure, plus cohérente, pour laquelle nous tenterons de proposer des pistes de réflexion[105].

En outre, les récents développements de la décision implicite présentent un intérêt concernant la décision administrative elle-même. En effet, s'il est relativement aisé de considérer qu'une décision implicite puisse avoir la même portée qu'une décision expresse, entraînant donc des effets juridiques identiques, il reste que la tendance à la généralisation de cette fiction juridique met en exergue des différences fondamentales remettant en cause la légitimité de ce rapprochement.

B. Des implications sous-estimées

La plupart des travaux de recherche s'étant intéressés au silence de l'Administration sont soit très anciens, soit très rapides sur la notion, voire parfois les deux à la fois. En outre, comme nous l'avons soulevé dans le paragraphe précédent, le sens positif du silence est quasiment exclu de toutes les études sur le sujet de la décision implicite et ce quasiment jusqu'en 1991.

La conséquence que l'on peut tirer de ce constat réside dans l'absence de réflexion avant 1991[106] sur les implications pratiques de la décision implicite, a fortiori de la décision

[104] RIBES (D.), *Le nouveau principe « silence de l'administration vaut acceptation* », AJDA 2014, p. 389 ; BRACONNIER (S.), CASSIA (P.), GONOD (P.), PETIT (J.), PLESSIX (B.) et SEILLER (B.), *Le silence de l'administration vaudra acceptation. Big bang ou trou noir juridique ?*, JCP 2013, n° 1324 ; SEILLER (B.), *Quand les exceptions infirment [heureusement] la règle : le sens du silence de l' administration*, RFDA 2014, p. 35 ; NOGUELLOU (R.), *Sur le silence de l'Administration*, Dr. adm. 2014, n° 1, alerte ; VILLENEUVE (P.), *Silence vaut acceptation [SVA] pour les collectivités territoriales - Les mots pour le dire*, JCP Adm. 2015, n° 2356 ; DEROSIER (J.-Ph.), *La nouvelle règle le silence vaut acceptation si rarement applicable*, JCP Adm. 2014, n° 2305 ; PASTOR (J.-M.), *Le silence vaut accord : une révolution administrative à la peine*, AJDA 2016, p. 1892.

[105] Voir *infra*, p. 354 et s.

[106] Voir : MONNIER (M.), *Les décisions implicites d'acceptation de l'administration*, thèse Paris, LGDJ, 1992, 203 p.

implicite positive. En effet, l'hypothèse d'une généralisation du sens positif du silence administratif ayant pris de court le monde du droit, il est alors devenu nécessaire d'étudier de manière approfondie cette fiction juridique jusqu'alors restée dans l'ombre.

Pour comprendre la fiction du silence donnant naissance à une décision administrative, nous avons mené une étude à partir de ses origines. Il s'agit donc d'effectuer un travail de recherche mêlant une approche historique et conceptuelle, à une analyse positiviste permettant de pleinement appréhender le mécanisme de manière pratique. L'objectif final est de parvenir à actualiser les connaissances sur ce sujet, d'apprécier la pertinence du dispositif en vigueur, et enfin de pouvoir proposer des pistes de réflexion prospective sur l'avenir de cette fiction juridique.

Il s'avère également que le sujet permet d'apprécier les effets de la réforme de 2013 avec un certain recul. La mise en œuvre du nouveau « principe » du silence valant acceptation s'étant étalée entre 2014 (pour l'application aux administrations d'État) et 2016 (pour l'application aux collectivités territoriales), les sept années passées depuis l'entrée en vigueur de la loi du 12 novembre 2013 octroient à cette recherche une perspective intéressante, tout en faisant d'elle un sujet d'actualité.

De manière générale, plus que l'évolution que la dernière réforme représente, c'est surtout la « révolution » dont elle se fait l'écho, mais aussi celle qu'elle augure qui justifie le mieux l'opportunité de cette recherche.

C. Des enjeux actuels

Si l'intervention de la réforme de 2013 a généré une littérature doctrinale abondante, il s'est surtout[107] agi d'analyses sceptiques[108]. Pourtant, au-delà de la simple fiction juridique à laquelle le droit attribue un sens, la décision implicite a été transformée en outil de modernisation de l'administration active sans que quiconque ne semble s'en apercevoir.

Pour cause, il est probable que les responsables de la réforme ne l'aient pas particulièrement désiré eux-mêmes. Il est en effet impératif de comprendre au préalable qu'en inversant

[107] Pour un point de vue plus neutre : RIBES (D.), *Le nouveau principe « silence de l'administration vaut acceptation* », AJDA 2014, p. 389

[108] BRACONNIER (S.), CASSIA (P.), GONOD (P.), PETIT (J.), PLESSIX (B.) et SEILLER (B.), *Le silence de l'administration vaudra acceptation. Big bang ou trou noir juridique ?*, JCP 2013, n° 1324 ; SEILLER (B.), *Quand les exceptions infirment [heureusement] la règle : le sens du silence de l' administration*, RFDA 2014, p. 35 ; SEILLER (B.), *La simplification est en marche... arrière*, AJDA 2014, p. 1681 ; NOGUELLOU (R.), *Sur le silence de l'Administration*, Dr. adm. 2014, n° 1, alerte ; CASSIA (P.), *Silence, on révolutionne*, AJDA 2013, p. 1129 ; POUPEAU (D.), *Le silence de l'administration vaut accord, sauf si…*, AJDA 2014, p. 2156 ; VILLENEUVE (P.), *Silence vaut acceptation [SVA] pour les collectivités territoriales - Les mots pour le dire*, JCP Adm. 2015, n° 2356 ; DEROSIER (J.-Ph.), *La nouvelle règle le silence vaut acceptation si rarement applicable*, JCP Adm. 2014, n° 2305 ; PASTOR (J.-M.), *Le silence vaut accord : une révolution administrative à la peine*, AJDA 2016, p. 1892 ; BERBERIAN (J.), *« Silence vaut acceptation », une nouvelle règle a nuancer*, JAC 2014, n°19, p.8 ; FIEVET (R.), *L'administration qui ne dit mot consent... parfois*, JA 2014, n°492, p.37.

le sens du principe « silence de l'Administration vaut rejet », la réforme de 2013 ne fait pas qu'inverser le sens du principe, elle distingue juridiquement le silence-rejet du silence-acceptation.

Ce faisant, l'entrée en vigueur de la réforme de 2013 a permis de remettre la décision implicite au centre de l'attention. Cette mise en lumière des défauts du mécanisme mais également de ses qualités, pour la plupart non exploitées, nous permettent de considérer que le silence-rejet possède une existence juridique distincte du silence-acceptation pour les raisons que nous évoquerons au cours de cette thèse.

Afin de démontrer l'existence de ce changement dans la nature du silence de l'Administration, ou plus exactement, de ce dédoublement de la notion, il est nécessaire de s'appuyer sur l'histoire de la décision implicite en droit public français, afin d'identifier la ou les raisons de sa nécessité dans notre système. Ce préalable semble incontournable si l'on souhaite comprendre chacun des aspects de la fiction juridique du silence.

Il convient en outre de mettre cette évolution en parallèle avec la manière dont la décision implicite est appréhendée dans d'autres États, lorsqu'elle y existe, et voir comment fonctionnent les systèmes dans lesquels le silence de l'Administration n'est pas traduit en droit. Ces exemples issus du droit comparé servent de support à la démonstration sans en constituer l'élément principal, c'est pourquoi il ne s'agit pas d'une étude approfondie de chacun des systèmes juridiques étudiés.

Enfin, l'étude d'un tel sujet ne saurait être complète sans accorder un temps considérable à l'analyse des textes – législatifs et réglementaires – supposés réformer la décision implicite en droit public français. En procédant ainsi, il sera possible d'exposer clairement les raisons laissant penser que la décision implicite, a fortiori d'acceptation, est en puissance un outil majeur de la modernisation de l'administration active mais que ses nombreuses faiblesses, souvent exacerbées à la fois par le droit mais aussi par la manière dont les différents acteurs y recourent, l'empêchent actuellement de s'exprimer en ce sens.

§3. Problématique et questions sous-jacentes

Le silence de l'Administration, sous la forme du mécanisme de la décision implicite, peut-il devenir – ou est-il déjà – un outil central de la modernisation de l'administration active, notamment de sa célérité ? La présente recherche s'efforcera de démontrer que la fiction juridique du silence de l'Administration est aujourd'hui encore relativement incomprise en droit administratif, de même qu'elle est insuffisamment encadrée par le droit administratif.

L'évolution récente apportée par la réforme de 2013[109] témoigne de manière éloquente de ce constat, en tentant de faire de la décision implicite un outil central de la modernisation

[109] Loi n° 2013-1005 du 12 novembre 2013 habilitant le Gouvernement à simplifier les relations entre l'administration et les citoyens.

de l'Administration (notamment par le biais de l'amélioration de sa célérité), sans avoir – semble-t-il – pris en considération les conséquences juridiques d'un tel changement. Nous verrons donc en quoi l'efficacité potentielle de la décision implicite en tant qu'outil de modernisation de l'Administration et d'amélioration de sa célérité se trouve neutralisée par le manque de cohérence de son régime juridique, conséquence d'une construction trop rapide dans la théorie, comme dans les textes normatifs.

Par conséquent, nous tenterons d'exposer les faiblesses du mécanisme de la décision implicite à travers l'étude de sa construction théorique et de son usage afin de mieux comprendre cette fiction juridique. Cependant, s'il est bien aisé de formuler des critiques, elles n'ont qu'une valeur relative dès lors qu'aucune piste n'est proposée pour tenter de corriger les défauts relevés. Aussi tenterons-nous de proposer, fort de l'analyse préalablement développée, des pistes d'évolution possible du mécanisme.

Cette problématique nous donnera en outre l'occasion de réfléchir à la distinction entre décision expresse et décision implicite. Le fait que la portée d'une décision implicite soit assimilée à celle d'une décision expresse est lourd d'implications juridiques – théoriques comme pratiques – a fortiori lorsque la volonté politique affichée est de généraliser le sens positif au silence de l'Administration[110]. Il apparaît donc également nécessaire de démontrer les raisons pour lesquelles nous pensons que les deux modes de décision – exprès et implicite – devraient bénéficier de régimes distincts.

Nous exposerons enfin à l'issue de la présente recherche différentes pistes de réflexion concernant les évolutions potentielles de la décision implicite en droit administratif français. Certaines d'entre elles, à l'instar de l'hypothèse de la disparition du mécanisme, pourront être rejetées très vite. Néanmoins, par souci d'exhaustivité nous choisissons de les évoquer.

§4. La démarche adoptée

Si l'actualité du sujet traité constitue l'un de ses principaux points forts, elle était également porteuse d'un risque : celui de voir naître d'autres travaux traitant du même sujet et nuisant de ce fait potentiellement à sa pertinence. Toutefois, si certains travaux concernant le silence de l'Administration ont pu voir le jour avant le terme de la présente thèse de doctorat[111], ils ne rendent heureusement cette dernière ni obsolète ni surabondante. L'angle d'étude du sujet ici choisi tente d'englober tous les aspects du silence de l'Administration tout en proposant à

[110] C'est en effet ce qui ressort, nous le verrons, de l'analyse de la réforme de 2013 et de la politique générale de l'Union européenne.
[111] DESPRAIRIES (A.), *La décision implicite d'acceptation en droit administratif français*, thèse Paris 2019, éd. Mare & Martin, 2021 (à paraître), 598 p. ; PARINET (P.), *La carence de l'Administration*, thèse Tours, 2017, dact., 592 p.

la fois une analyse rétrospective de la décision implicite, c'est-à-dire une présentation exhaustive du mécanisme traitant de son origine, de l'évolution de son fonctionnement et de son appréhension par les différents acteurs juridiques, de ses caractéristiques théoriques aussi bien que pragmatiques, mais également une analyse davantage prospective de la décision implicite en tant qu'outil potentiel de la modernisation de l'Administration active et, plus largement, du droit administratif.

En effet, la décision implicite positive présente des caractéristiques allant au-delà de la simple liaison du contentieux, qui semblent être à même de répondre aux exigences croissantes de célérité de l'administration active par les administrés. C'est pourquoi la réforme de 2013[112] nécessite selon nous une observation attentive dans la mesure où celle-ci permet de constater que l'implicite est devenu – par l'inversion de son sens – un mécanisme, sinon central, au moins digne de l'intérêt des gouvernants et qu'il possède donc a priori un rôle à jouer dans les perspectives d'évolution de notre Administration et de notre droit administratif.

Il est également possible de noter que le fait que ce travail de recherche ait commencé en 2014, soit en même temps que la mise en œuvre de la réforme de 2013, lui a permis de se nourrir de l'évolution de la décision implicite presque « au jour le jour » et lui octroie aussi aujourd'hui un recul suffisamment important pour légitimer les analyses qu'il apporte.

Le contexte de l'étude étant au moins aussi important que le sujet étudié, il convient également de circonscrire notre sujet d'étude dans le temps ainsi que dans l'espace. Le silence de l'Administration constitue un sujet nécessitant un champ d'étude large afin de pouvoir être pleinement appréhendé. En effet, fiction juridique un peu plus que centenaire, son étude implique assez logiquement de remonter au moins jusqu'à ses origines dans notre droit public. C'est le parti que nous prenons ici.

S'il est probable qu'une telle fiction juridique ait vu le jour avant le décret pris le 2 novembre 1864 relatif à la procédure contentieuse devant le Conseil d'État[113], le choix de nous concentrer sur le silence de l'Administration française rend inutile, voire inopportun de remonter plus loin dans le temps étant donné que cette date marque la reconnaissance officielle de la fiction de la décision implicite en droit public français. En revanche, si nous choisissons de ne pas évoquer les périodes antérieures à 1864, aucune limite n'est fixée pour les périodes postérieures. De ce fait, et afin de permettre une étude la plus exhaustive possible, la présente étude abordera le silence de l'Administration dans le droit positif contemporain dans ses développements les plus récents, voire dans le droit à venir dans son ultime partie.

[112] Loi n° 2013-1005 du 12 novembre 2013 habilitant le Gouvernement à simplifier les relations entre l'administration et les citoyens.
[113] *Bulletin administratif de l'instruction publique*, 1864, tome 2, n°45.

Dans l'espace, il s'agira de limiter le champ de notre étude à la France. Cette circonscription souffrira néanmoins une exception dans la seconde partie de cette recherche, dans laquelle seront étudiées succinctement les manières de traduire juridiquement le silence de l'Administration dans d'autres États. Il ne sera pas question de qualifier cette portion de l'étude d'analyse de droit comparé à proprement parler, mais cette entorse à la délimitation initiale du sujet permettra de mettre en exergue les qualités autant que les lacunes du fonctionnement de la décision implicite en France, en tenant compte notamment de ses plus récentes évolutions.

L'étude théorique de la décision implicite, par le biais de l'analyse des sources traditionnelles, sera complétée par une étude plus pratique du dispositif, fondée sur des entretiens[114] menés auprès d'acteurs confrontés à la décision implicite dans l'exercice de leurs fonctions, ou ayant été concernés par l'application de la réforme du 12 novembre 2013.

Le but de ses entretiens semi-dirigés est de parvenir à mieux comprendre la dimension pratique de la décision implicite, au-delà de la théorie et de la technique juridiques, à travers l'étude de l'usage de ce mécanisme antérieurement et postérieurement à l'application de la réforme de 2013. Il sera ainsi possible d'aboutir à une vision la plus globale possible du sujet de cette étude.

Plan de la recherche

Afin de traiter le sujet de la décision implicite née du silence de l'Administration de la manière la plus complète possible, nous avons choisi d'organiser le propos en deux parties. Dans un premier temps, il s'agira de proposer une approche historique et théorique de la décision implicite afin de mieux cerner les origines de cette fiction juridique ainsi que sa signification. Cette étape indispensable, nous semble-t-il, dans l'étude d'un tel sujet, permettra de mettre en lumière d'une part les forces et faiblesses de ce mécanisme, et d'autre part de mieux saisir les enjeux de son évolution afin d'être en mesure de posséder suffisamment de recul sur la notion pour avoir une connaissance la plus exhaustive possible de ce mécanisme propre à notre système juridique (**Première partie**). Cette partie permettra de constater les lacunes, pour la plupart intrinsèques, du mécanisme.

Notre recherche se trouvera ainsi dirigée, dans un second temps, vers un terrain plus pratique, dans le sens où seront observés les usages de la décision implicite par l'Administration et leurs conséquences juridiques. L'objectif de cette démarche est d'appuyer notre étude sur une vision plus empirique de la décision implicite afin de montrer en quoi une réforme du mécanisme est aujourd'hui nécessaire pour l'adapter aux évolutions de la société, et donc du droit.

[114] Voir *infra*, Bibliographie.

Une portion importante de la réflexion menée dans la seconde partie sera centrée sur l'analyse de la réforme de 2013, concrétisation juridique de la politique dite de « choc de simplification »[115] – nous le verrons – plus que discutable. Cependant, si des critiques seront formulées, nous tenterons également d'apporter des pistes de réflexion pour permettre une rationalisation de la décision implicite à l'occasion d'éventuelles réformes (**Seconde partie**).

[115] Selon les termes employés par l'ancien président de la République François HOLLANDE pour faire référence à l'ensemble des mesures de simplification en faveur du développement économique et de l'emploi, dont la loi du 12 novembre 2013 fait partie.

PARTIE I. LA CONSTRUCTION THÉORIQUE ET L'ÉVOLUTION DE LA DÉCISION IMPLICITE

L'objectif de cette première partie sera de démontrer à quel point le « silence », tel qu'appréhendé par le droit administratif français, a pu évoluer assez largement jusqu'à faire oublier ses origines théoriques et ses buts initiaux. De manière plus explicite, la démonstration sous-entend d'apporter les arguments nécessaires à affirmer que beaucoup de ces évolutions ont été mal comprises, sinon incomprises, donnant ainsi lieux à des amalgames sur la nature de la règle (de procédure ou de fond[116]) fondant le silence administratif et les objectifs poursuivis par celle-ci (**Titre 1**). Il apparaît alors nécessaire d'étudier de plus près la façon dont le droit public français a pu se saisir et transformer le silence, a fortiori celui que peut opposer l'administration aux administrés, afin d'en comprendre les rouages, et surtout, de remettre en perspective plusieurs « idées reçues » juridiques à ce sujet. Il semble également pertinent de commencer la recherche par l'étude des origines de la décision implicite, principale traduction juridique du silence en droit public français, afin de pouvoir construire ensuite un raisonnement sur des bases solides.

Cette analyse préalable permettra dans un second temps de montrer que le silence de l'Administration demeure, pour ces raisons entre autres, une fiction juridique difficile à articuler avec les principes directeurs de l'ordre juridique et de l'action administrative (**Titre 2**). Cette démonstration vise à soulever les défauts théoriques de la décision implicite, que les évolutions successives ont échoué à corriger. La démarche permet ainsi d'identifier les incohérences du mécanisme de la décision implicite, et pose les bases de la réflexion de la seconde partie de a thèse, visant à proposer des pistes d'évolution du dispositif.

[116] La distinction entre ces deux natures sera définie et fera l'objet d'une étude plus approfondie dans les développements suivants.

Titre 1. Des confusions sur la nature juridique et les rôles des silences rejet et acceptation

La décision implicite est un mécanisme presque aussi ancien que l'autonomisation du droit public. Pour cause, elle existe pour faire le lien entre l'Administration active et l'Administration juridictionnelle en apportant la garantie pour les administrés de toujours pouvoir contester une décision qui leur ferait grief.

Pourtant, en dépit de son ancienneté, les récents développements concernant l'évolution de cette fiction juridique semblent témoigner d'une difficile appréhension par le droit de cette dernière. Cela apparaît découler d'une inadéquation entre la perception du mécanisme de la décision implicite par le droit public et la réalité des conséquences entraînées par sa mise en œuvre. Il est donc nécessaire de revenir dans un premier temps sur les fondements de la décision implicite afin d'en relever les principales caractéristiques ainsi que les manières dont elles ont été traduites juridiquement en droit public, ce qui permettra de mettre en lumière particulièrement les écueils inhérents à la notion mais aussi les confusions effectuées par le droit selon nous (**Chapitre 1**).

L'évolution de la décision implicite, a fortiori la plus récente, montre que le droit public n'est jamais véritablement parvenu à saisir les enjeux théoriques de la décision implicite, ce qui se traduit aujourd'hui également dans les faits. La dernière réforme en date ayant inversé le principe « silence vaut rejet » vient confirmer cette hypothèse en ce qu'elle semble rendre indépendant chacun des deux sens qu'il est possible de donner au silence administratif, sans pour autant tenir compte de cette nouvelle portée. On assiste alors au passage d'un silence administratif à une pluralité de silences qui s'effectue dans un flou juridique préjudiciable. C'est précisément ce phénomène qui sera analysé dans un second temps (**Chapitre 2**).

Chapitre 1. La difficile appréhension du rôle du silence par le droit administratif

Comme nous l'avons déjà énoncé en introduction, donner un sens juridique au silence que l'Administration est susceptible d'opposer aux demandes des administrés ne va pas de soi. Au-delà des conséquences qu'il emporte sur le plan juridique, le terme de « fiction » témoigne de manière assez patente du caractère artificiel de la démarche.
Il est d'ailleurs intéressant de constater que même si beaucoup d'autres systèmes juridiques ont recours à cette fiction du droit[117] (dont la mise en œuvre diffère cependant), certains font exception et rejettent[118] l'existence juridique du silence.

Pour le cas qui retient notre attention ici, à savoir celui du droit administratif français, il convient de relever que la décision implicite a donné lieu à de nombreuses interprétations (et sur-interprétations) de la part de la doctrine. C'est pourquoi, avant d'entamer une étude extensive de la décision implicite, il apparaît indispensable de revenir d'abord sur les origines de celle-ci afin de séparer le bon grain de l'ivraie. La démarche vise avant tout à rationaliser et assainir la base qui fondera la réflexion tout au long de ce travail de thèse, mais également à permettre de revenir sur quelques idées reçues (essentiellement théoriques mais parfois concrètes) concernant le silence de l'Administration.

Dans une première section, nous nous concentrerons sur deux aspects fondamentaux de la décision implicite, pourtant souvent relégués au rang de détails ; d'abord la règle de la décision préalable, dont découle la fiction du silence, et les difficultés qu'elle soulève. Ensuite, la confusion effectuée à l'origine sur la nature juridique de la loi du 17 juillet 1900, dans le but de démontrer qu'il s'agissait bien, déjà à l'époque, d'une loi de procédure et non de fond[119] (**Section 1**). Puis dans une seconde section, nous nous attacherons à montrer que le caractère de sanction attaché de manière inhérente à la décision implicite résulte d'un raisonnement trop simpliste qu'il convient de compléter et de nuancer (**Section 2**).

[117] Comme la Belgique, l'Allemagne ou l'Italie.
[118] C'est le cas des États-Unis, où il n'est donné aucun sens juridique au silence.
[119] Cette distinction sera définie et explicitée dans le §2 de la première section du présent chapitre.

Section 1. Des détails fondamentaux souvent négligés par la doctrine

Il est parfois des sujets trop vite abandonnés ou encore négligés par les auteurs de doctrine juridique comme c'est notamment le cas de la confusion sur la nature de la loi de 1900. Avec les évolutions récentes et le retour en force de la décision implicite sur le devant de la scène juridique, il apparaît aussi pertinent que nécessaire de revenir sur ces aspects – souvent flous – fondant la décision implicite, tant d'un point de vue de la théorie juridique que de la pratique. Le but de cette démarche est de pouvoir apprécier pleinement la portée des changements induits par les différentes réformes, dont les plus récentes.

Cela nous conduira donc à étudier dans un premier paragraphe la règle de la décision préalable et son impact sur l'évolution de la décision implicite (**§1**), puis dans un second paragraphe, le problème de la nature véritable de la loi de 1900 (**§2**).

§1. La légitimation paradoxale de la règle de la décision préalable par le silence

Il est aujourd'hui connu et unanimement admis qu'afin de pouvoir saisir le juge administratif, un justiciable doit, la plupart du temps, se prévaloir d'une décision préalable de l'Administration, sur laquelle il appuie son recours contentieux. À tel point que l'on peut facilement être tenté de passer sur cette exigence, devenue simple formalité, très rapidement.
Pourtant, s'il est une règle des plus fondamentales en droit administratif, c'est bien celle-ci. À plus forte raison lorsque l'on s'intéresse d'aussi près au silence.

Nous l'avons mentionné en introduction, le système de la décision implicite est venu initialement permettre la liaison du contentieux dans les cas où, justement, il n'existait aucune décision formelle. Car au même titre que le silence est une règle de procédure, celle instituant l'obligation de se prévaloir d'une décision de l'Administration préalablement à toute saisine du juge administrative en est une autre. À dire vrai, la règle de la décision implicite est concrètement un palliatif à l'un des défauts pratiques majeur de l'exigence de décision préalable : les situations dans lesquelles il n'existe aucune décision sur laquelle s'appuyer[120].

[120] Le constat interpelle lorsque l'on sait que la règle de la décision préalable, rémanence de la théorie du ministre-juge, a perdu son fondement lors du revirement de 1889, avec l'arrêt Cadot, mais a été néanmoins maintenue. Sans ce maintien, la règle de la décision implicite n'aurait finalement sans doute jamais vu le jour.

A. Les origines de la règle de la décision préalable

Il est aisé de donner une définition de la règle de la décision préalable, il l'est bien moins d'en comprendre le fondement[121].

Anciennement une règle d'origine prétorienne, c'est aujourd'hui l'article R. 421-1 du Code de justice administrative qui donne le fondement réglementaire de cette règle. Il dispose dans le premier alinéa : « *La juridiction ne peut être saisie que par voie de recours formé contre une décision, et ce, dans les deux mois à partir de la notification ou de la publication de la décision attaquée* », et dans son second : « *Lorsque la requête tend au paiement d'une somme d'argent, elle n'est recevable qu'après l'intervention de la décision prise par l'administration sur une demande préalablement formée devant elle* ». La sanction du non-respect de cette règle est l'irrecevabilité du recours.

La pérennité de cette règle est essentiellement due, selon la doctrine, à une « habitude »[122] dont était « prisonnier » le Conseil d'État[123]. D'un point de vue purement juridique, il semblerait adéquat de penser que la règle de la décision préalable aurait dû disparaître avec la théorie du ministre-juge. Seulement, c'est davantage la pratique (si ce n'est uniquement) qui a légitimé son maintien. Sans doute n'est-il pas absurde de penser que la règle aurait fini par disparaître d'elle-même[124], n'eut-elle pas été consacrée par la loi du 17 juillet 1900, généralisant l'assimilation du silence de l'Administration à une décision.

C'est donc là que repose tout le paradoxe de cette règle et de sa relation avec le silence administratif : une règle qui aurait dû disparaître avec son fondement juridique a été non seulement maintenue, mais surtout consacrée, par une nouvelle fiction juridique destinée à l'origine à combler un défaut majeur de son application : l'absence de décision.

Il devient alors légitime de s'interroger sur l'utilité du maintien d'une telle règle ainsi que sur l'acharnement dont ont fait preuve le juge administratif de même qu'une partie de la

---

[121] Pour une approche plus exhaustive de la règle de la décision préalable, voir : LABAYLE (J.), *La décision préalable, condition de formation du contentieux administratif*, thèse Paris, Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence Arthur Rousseau, 1907, 302 p.

[122] Voir notamment CHAPUS (R.), *Droit du contentieux administratif*, 13e éd., 2008, Montchrestien, p. 532 ; DEBBASCH (Ch.), *Procédure administrative contentieuse et procédure civile*, 1962, Bibliothèque de droit public, t. 38, LGDJ, p. 23 ; MONTANÉ DE LA ROQUE (P.), *L'inertie des pouvoirs publics*, thèse, Toulouse, 1948, p. 14.

[123] BOUSTANY (L.), *La demande préalable*, Répertoire de la responsabilité de la puissance publique, mars 2016 (actualisation : novembre 2017).

[124] L'arrêt Lecoq, rendu par le Conseil d'État le 3 février 1899 (S.1901.3.84), soit un an avant la loi de 1900, témoigne de la précarité de la règle de la décision préalable après la disparition de son fondement juridique. Dans cet arrêt, le Conseil d'État a statué au fond sur une demande d'indemnité qui lui a été présentée directement, balayant ainsi l'exigence de la décision préalable.

doctrine de l'époque pour assurer sa pérennité[125], en relevant notamment la théorie développée par BOUCHENÉ-LEFER[126], reprise par LAFERRIÈRE[127], dite de l'opposition des prétentions[128].

La réponse est finalement assez simple et se trouve toute entière dans l'aspect pratique de la règle. Aujourd'hui encore plus qu'hier, la règle de la décision préalable permet de limiter le flux de contentieux parvenant jusque devant le juge administratif, permettant ainsi de désengorger de manière non négligeable les juridictions administratives. D'une part, le non-respect de la règle entraîne automatiquement une fin de non-recevoir, jouant ainsi intrinsèquement un rôle de filtre ; d'autre part, et sans doute de manière plus impactante, cela octroie à l'Administration la possibilité de tenter de régler d'abord les litiges de manière amiable, limitant grandement la quantité de contentieux[129].

B. Les deux aspects de la décision préalable

Concrètement, la règle de la décision préalable comporte deux dimensions bien distinctes : la demande préalable et la décision préalable à proprement parler. Il serait sans doute possible d'envisager qu'il s'agisse de deux règles différentes, mais elles sont tellement liées entre elles qu'il est difficile de justifier cette position. Dans le système actuel, une décision de l'Administration est nécessaire pour lier le contentieux, néanmoins, dans certains cas, cette décision ne peut pas naître si elle n'est pas sollicitée (notamment dans le cas d'un recours de plein contentieux). Il apparaît donc malaisé de dissocier ces deux aspects de la règle de la décision préalable. Nous reprendrons cette réflexion un peu plus loin.

---

[125] De nombreuses tentatives ayant pour but de trouver un fondement à la règle de la décision préalable se sont succédées, sans jamais faire l'unanimité. On peut citer de manière non exhaustive : BOUCHENÉ-LEFER, *Distinction de l'autorité et de la juridiction administrative, ou du contentieux et du non-contentieux administratif*, RPDF 1864, tome 17, pp. 433-467, avec la théorie de l'opposition des prétentions ; LAFERRIÈRE (E.), *Traité de la juridiction administrative*, 2e éd., 1896, t. 1, p. 322 s. (où il reprend la théorie précédente) ; HAURIOU (M.), *Répertoire Béquet*, art. *Droit administratif*, n° 69 et s., t. 14, 1897 et *Les éléments du Contentieux. Recueil de l'Académie de Législation de Toulouse*, 1905 ; ARTUR (E.), *Séparation des Pouvoirs et des Fonctions*, in *Revue du Droit Public*, 1900, t. 13, p. 436, CARRÉ DE MALBERG (R.), *Contribution à la théorie générale de l'État*, 1920, Sirey, p. 804 ; BONNARD (R.), *Précis de droit administratif*, 4e éd., 1943, LGDJ, p. 230.

[126] BOUCHENÉ-LEFER, *op. cit.*

[127] LAFERRIÈRE, *op. cit.*

[128] L'auteur développe l'idée selon laquelle toute *demande* doit d'abord être présentée à l'*autorité* et non à *la juridiction*, quand bien même l'entité demeure la même (à savoir l'Administration), afin de faciliter l'identification de la compétence juridictionnelle ainsi que l'échelon juridictionnel auquel adresser sa réclamation le cas échéant. Ainsi, les réponses à ces demandes sont toutes des actes d'autorités, lesquels peuvent faire naître des réclamations non contentieuses (recours hiérarchique), contentieuses, voire des *actions* devant la juridiction judiciaire.

[129] MOREAU (D.), *Faire face à l'augmentation continue des recours à moyens constants. Questions à David Moreau, secrétaire général adjoint du Conseil d'État chargé des juridictions administratives*, AJDA 2016, p. 2068.

Toutefois, une interrogation reste légitimement en suspens concernant la portée de chacune de ces deux dimensions d'une même règle. Nous l'avons vu, la règle de la décision préalable n'a plus de fondement depuis le revirement jurisprudentiel de 1889 et malgré l'acharnement de la doctrine, n'est pas parvenue à en retrouver un. Cependant, il est également apparu que cette recherche demeurait futile dans la mesure où les habitudes de la pratique suffisent en fait à elles seules à justifier le maintien de cette règle.

D'un point de vue plus juridique maintenant, la question de savoir si l'exigence de décision prime sur celle de la demande préalable mérite d'être posée. Déjà en 1932, R. GOUTTENOIRE avait estimé que seule la demande préalable subordonnait le recours[130], opinion partagée par LAFERRIÈRE[131]. La logique repose sur la considération selon laquelle la demande préalable est nécessaire (a fortiori dans les hypothèses de plein contentieux) mais qu'aucune obligation[132] ne pèse sur l'Administration, encore moins depuis que son silence est assimilé à une décision.

Ce raisonnement s'appuie sur la jurisprudence de l'époque[133], confirmant que pour le juge administratif, la seule obligation active pèse sur le particulier ; sans demande préalable, aucun pourvoi n'est possible.
Une fois de plus, c'est la pratique qui a inversé la donne. Comme l'explique L. BOUSTANY[134], la demande préalable joue en la faveur, à la fois de l'Administration, du juge et de l'administré. En effet, elle « *protège l'administration en lui permettant de prendre position avant d'être traduite en justice. Elle délimite également le champ du litige, facilitant ainsi le travail du juge. Elle fournit, enfin, une sorte de préliminaire de conciliation épargnant à l'administré une action inutile* ».

À l'aune de cette évolution, il est possible de se demander si la demande préalable et la prise de décision sont véritablement deux aspects d'une même règle ou deux règles distinctes. Il serait même envisageable de penser qu'il ait pu s'agir d'une seule règle comportant deux dimensions s'étant dissociées avec le temps, une fois le fondement (politique et juridique) disparu. Il semblerait en effet que les deux règles étudiées ne soient pas de même nature.

La règle de la décision préalable ne compte pas parmi les exigences de recevabilité du recours contrairement à celle de la demande préalable, elle sert « uniquement » à lier le contentieux.

---

[130] GOUTTENOIRE (R.), *Le silence de l'administration*, Paris, P. Bossuet, 1932, 254 p.
[131] LAFERRIÈRE (E.), *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, t. 1, Paris LGDJ, 1989, p. 322 et 462.
[132] Nous élargirons ce propos dans la section suivante.
[133] CE, 28 juillet 1908, *Espagnol* et CE, 23 janvier 1924, *Le Trividic*.
[134] BOUSTANY (L.), *op. cit.*

Sans décision de l'Administration, il ne peut pas y avoir de recours au sens matériel du terme mais, contrairement à la demande préalable, il ne s'agit pas d'une condition de recevabilité. Les deux règles n'auraient donc pas la même portée, ni la même nature.

Cependant, si l'affirmation précédente est nuancée apparaît alors un élément de réponse non négligeable : la décision de l'Administration, contrairement à la demande préalable, n'est *plus* une condition de recevabilité. C'est donc l'arrivée de la fiction du silence qui a inversé la tendance. L'une des deux dimensions de la règle de la décision préalable – la demande – qui était anodine avant 1889, est devenue celle qui définit la règle.

Sous l'empire de la théorie du ministre-juge, la décision préalable au recours contentieux constituait nécessairement une condition de recevabilité dans la mesure où elle pouvait ne pas exister. En somme, la réclamation préalable, si elle ne faisait pas naître de décision de l'Administration, n'avait aucune valeur. Il fallait une décision et la demande n'était que la manière de la provoquer.

Avec la disparition de la théorie du ministre-juge et la création de la décision implicite, la situation dans laquelle aucune décision n'est émise par l'Administration a complètement disparu. Dès lors, c'est logiquement que l'exigence de la demande préalable a remplacé celle de la décision préalable dans la mesure où il s'agit de la seule obligation active restante, et elle est à la charge du particulier. Depuis 1900, une sollicitation de l'Administration donnera toujours lieu à une décision, qu'elle soit expresse ou implicite. C'est cette sollicitation qui est donc devenue fondamentale[135].

§2. La loi du 17 juillet 1900 : la confusion entre loi de procédure et loi de fond

Rares sont les auteurs qui relèvent ce fait qui semble tenir du détail, mais la loi de 1900 (et ses évolutions) se trouve être une loi de procédure. Aussi ne sommes-nous pas convaincus par les opinions développées par certains auteurs (notamment HAURIOU[136] ou LAFERRIÈRE[137]) selon lesquelles cette loi ne trouverait à s'appliquer que dans les cas où un droit a été violé ou un intérêt lésé, car dès lors on s'intéresse au fond. Il nous faut donc revenir sur cette confusion fréquente chez la doctrine juridique de l'époque afin de la comprendre et de l'expliquer.

[135] Pour un exemple plus récent, l'arrêt du Conseil d'État du 23 décembre 2016, n°393020 illustre parfaitement ce propos, en donnant de surcroît une interprétation large de ce que la loi entend par « réclamations ».
[136] Voir notamment sa note sous CE, 4 août 1905, *Finet*, et 7 août 1905, *Zill-Desilles et Ducreux*, S. 1906-3-129.
[137] LAFERRIÈRE (E.), *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, t. 2, Paris LGDJ, 1989, p. 429 et s.

A. La distinction

Il est important de rappeler que si la loi du 17 juillet 1900 a vu le jour, c'est bien pour combler un vide juridique ; les cas où l'Administration ne donnait pas suite à une demande d'un administré empêchaient – en vertu de la règle de la décision préalable – toute saisine du juge, le silence n'ayant aucune valeur juridique dans ce cas.

L'objet de cette loi a donc été de permettre la liaison du contentieux le cas échéant. C'est la raison pour laquelle il est erroné de penser qu'une requête doit être fondée pour que le silence puisse avoir un sens.

En effet, selon la définition donnée par le *Dictionnaire de droit administratif,* la procédure administrative non contentieuse[138] est relative à « *l'ensemble des règles régissant l'élaboration des actes administratifs unilatéraux et contractuels. Ces règles trouvent leur origine dans la jurisprudence administrative et dans les textes législatifs ou réglementaires* »[139].

Si l'on s'en tient à cette définition, la loi de procédure est donc celle qui énonce l'une ou plusieurs de ces règles.

La loi de fond, en revanche, apparaît plus difficile à définir. Pour ce faire, il apparaît pertinent de partir de la loi pénale de fond, seule occurrence disposant effectivement d'une définition juridique suffisamment concrète pour pouvoir servir de base. Quand bien même les matières n'ont que très peu de choses, sinon rien, en commun, il est néanmoins possible de transposer la définition ou, du moins, d'en retirer les éléments essentiels. Ainsi, en droit français, les lois pénales de fond sont celles qui définissent les comportements constituant des infractions punissables et précisent les peines leur étant applicables.

En partant de cette définition il est possible d'en établir une plus générale, applicable au sujet qui nous intéresse, de la manière suivante : une loi de fond est une loi qui identifie certains comportements et en précise les sanctions juridiques.

Il faut toutefois rester prudents concernant la manière dont peut être comprise la notion de « sanction ». Ce terme comporte en effet, au moins en droit, deux acceptions : il peut s'agir d'une « punition », certes, mais cela peut également être entendu comme la mise en œuvre de la règle juridique[140]. Dans la définition de la loi de fond que nous choisissons de développer et d'appliquer ici, c'est de cette manière que la sanction doit être considérée, et non pas entendue au sens pénal du terme (en tout cas tel que développé dans la définition servant de base), au sens de « punition ».

[138] Il existe également des règles de procédures administratives contentieuses, qui concernent le déroulement d'une instance, mais n'intéressant pas la réflexion développée ici.
[139] VAN LANG (A.) et al., *Dictionnaire de droit administratif*, 7° éd., Sirey, 2015, p. 367.
[140] TERRÉ (F.), *Introduction générale au droit*, Précis Dalloz, 12ème éd., 2020, p. 533.

Avec ces éléments, si nous nous en tenons à ces deux définitions, il apparaît clairement que la loi du 17 juillet 1900 n'entre pas dans la catégorie de la loi de fond. En effet, si cette loi (notamment en son article 3) permet effectivement de donner un sens au silence de l'Administration, et par là même d'identifier juridiquement un comportement, elle ne le sanctionne pas au sens premier du terme. Le fait pour la loi de combler un vide juridique ne se traduit pas nécessairement par une sanction dans le sens de « punition ».

En l'occurrence, la loi étudiée ne fait « que » corriger l'hypothèse d'un déni d'administration, volontaire ou non[141]. Néanmoins, il est intéressant de noter qu'il ressort de la lecture de l'article 3 de la loi du 17 juillet 1900 que c'est bien moins le comportement de l'Administration vis-à-vis de l'administré qui est visé par cette loi que le fait de donner un sens juridique au silence. Il faut comprendre par-là que même si les deux aspects sont intrinsèquement liés, la problématique ne se pose pas de la même manière selon que l'on observe d'abord le comportement de l'Administration (donc sous l'angle de la science administrative) ou le fait de donner un sens, une existence juridique au silence de l'Administration. Nous aurons l'occasion de revenir sur cette distinction un peu plus loin.

En outre, comme l'explique de manière très concise D. DORLENCOURT-DETRAGIACHE[142], l'objet de l'article 3 de la loi du 17 juillet 1900 est de permettre d'amener une affaire contentieuse devant le juge. Pour reprendre les mots de l'auteure : « *ces termes ne signifient aucunement que le demandeur a été effectivement victime de la violation d'un droit ou de la lésion d'un intérêt, mais simplement que sa contestation est fondée sur une telle violation ou lésion* »[143].

D'ailleurs, il est curieux et intéressant de constater que LAFERRIÈRE[144] écrivait lui-même de manière contradictoire (également repris dans la thèse mentionnée précédemment[145]) que : « *si la partie lésée se croit fondée à opposer son droit propre au droit invoqué par l'Administration, il y a matière à contestation, à litige ; le contentieux administratif naît aussitôt du choc des prétentions en présence* ». De ce point de vue, que nous partageons assurément, le fait pour un administré de simplement prétendre avoir été lésé dans ses intérêts ou que son droit ait été violé suffit à fonder le contentieux administratif.

---

[141] Nous ne reviendrons pas sur la distinction entre déni d'administration et déni de justice, mais il est intéressant de relever que LAFERRIÈRE estimait justement – à tort – que la règle du silence-rejet ne devait s'appliquer que lorsque l'abstention pouvait être assimilée à un déni de justice. C'est-à-dire lorsqu'il existe pour l'autorité concernée une obligation juridique de prendre une décision.
Voir : LAFERRIÈRE (E.), *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, t. 2, Paris LGDJ, 1989, p. 429 et s.

[142] DORLENCOURT-DETRAGIACHE (D.), *Contribution à une théorie de la carence en droit administratif français*, thèse Paris, 1972, 240 p.

[143] *Ibid*., p. 125.

[144] LAFERRIÈRE (E.), *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, t. 1, Paris LGDJ, 1989, p.6.

[145] DORLENCOURT-DETRAGIACHE (D.), *op. cit.*, p. 125.

B. L'explication de la confusion et sa remise en question

Il n'apparaît cependant pas inutile de replacer ces analyses dans leur contexte. En effet, s'il est permis de relever que ces auteurs ont pu soit se fourvoyer, soit se contredire concernant l'application de l'article 3 de la loi ayant étendu le système du décret de 1864 à toutes les affaires contentieuses susceptibles de faire l'objet d'un recours devant le juge administratif, il l'est encore davantage d'en rechercher les raisons et les causes possibles.

Étant donné la manière dont était rédigé l'article 3 de ladite loi, il était logique d'un point de vue juridique de chercher à savoir ce qu'il fallait entendre par « affaire contentieuse ». La démarche de HAURIOU dans son analyse des arrêts du Conseil d'État des 4 et 7 août 1905[146] s'explique précisément par la volonté de faire ressortir une logique dans la jurisprudence du Conseil d'État permettant d'identifier clairement les cas dans lesquels la loi du 17 juillet 1900 trouve ou non à s'appliquer. Il faut garder à l'esprit qu'au moment où HAURIOU écrit ces analyses, la loi n'est en vigueur que depuis cinq ans, soit un temps plutôt court relativement au recul nécessaire pour pouvoir apprécier les effets de ladite disposition.

Comme il l'écrit lui-même, l'espèce la plus intéressante du point de vue de la définition du caractère contentieux d'une réclamation demeure l'une des deux rendues le 7 août 1905, *Zill-Desilles*. Il s'agissait du recours pour abus[147] d'un prêtre ayant été suspendu de ses fonctions.
Le Conseil d'État avait conclu au caractère contentieux de la réclamation et, de fait, estimé que le Ministre des cultes, en refusant de délivrer au requérant le récépissé de sa réclamation, avait méconnu les dispositions de l'article 3 de la loi du 17 juillet 1900.
De là il ressort donc que la délivrance ou le refus de délivrance par l'autorité administrative d'un récépissé pouvait constituer un indicateur suffisamment fiable de la manière dont le Conseil d'État entendait appréhender la notion d' « affaire contentieuse ».

Si l'on cherche à prendre un peu de hauteur pour analyser ces faits, il est possible de remarquer que c'est la fiction juridique du silence qui semble avoir du mal à se mettre en place, à être intériorisée par le fonctionnement administratif : dans le cas d'espèce, le Ministre estime

[146] S. 1906-3-129.
[147] Le recours pour abus, autrement appelé appel comme d'abus, désigne un recours à l'encontre d'une décision émanant d'une autorité ecclésiastique et dépassant son domaine de compétence. Ce recours a été supprimé avec la loi du 9 décembre 1905.

que s'il ne délivre pas le récépissé nécessaire à la liaison du contentieux, c'est que la demande n'est pas contentieuse. Ne serait-ce pas ici une rémanence de la théorie du ministre-juge[148] ?

Dans tous les cas, le but de la réforme de 1900 est d'étendre à toutes les juridictions administratives le principe du silence rejet, introduit par le décret de 1864 mais uniquement en ce qui concernait les recours hiérarchiques. Or, ici le fait pour le Ministre de refuser la délivrance du récépissé à l'administré empêche ce dernier de pouvoir saisir la juridiction compétente ; l'autorité administrative se comporte de fait comme un premier niveau officieux de juridiction, ce qu'elle n'est évidemment pas (ou plus).

Le fait de voir ressurgir dans l'arrêt *Zill-Desilles*, notamment dans l'attitude et l'argumentation du Ministre défendant, un réflexe assez symptomatique d'un système de justice retenue mérite d'être relevé. En 1900, la théorie du ministre-juge n'a été supprimée que depuis onze ans. Il paraît alors relativement logique de constater des raisonnements encore empreints de cette théorie chez l'Administration.

La question que se posent alors les auteurs de doctrine de l'époque, tels que HAURIOU, est de savoir dans quels cas cette disposition trouve ou non à s'appliquer. Le fait que celle-ci fasse mention d' « affaires contentieuses » amène nécessairement à tenter de relever ce que le Conseil d'État identifie comme tel.
Le problème en l'espèce réside dans le fait que le juge administratif reste quelque peu évasif sur la question, estimant « *que cette réclamation avait, contrairement à la prétention du ministre, un caractère contentieux […]* ». Impossible donc de savoir comment le juge distingue une affaire administrative contentieuse d'une affaire qui ne l'est pas en se fondant simplement sur cette espèce.
Cela a pu donner lieu à des interprétations plutôt discutables, notamment celle de E. ARTUR[149] qui, rebondissant sur cette expression d'« affaire contentieuse », l'a extrapolé jusqu'à exiger que ce caractère soit constaté avant même l'introduction de l'instance devant le juge.

Il s'agit évidemment d'une interprétation beaucoup trop restrictive et conservatrice (à l'encontre de l'esprit de la loi de 1900 donc), marquée par la théorie du ministre-juge. En effet, cela signifie concrètement que la demande de l'administré doit d'abord avoir été transmise au ministre compétent afin qu'il puisse la transmettre au Conseil d'État. Il nous semble que ce point de vue était déjà obsolète au moment où l'auteur l'écrivait dans la mesure où, même en

[148] Pour rappel, avant 1889, la théorie du ministre-juge faisait de chaque ministre le juge en premier ressort pour les affaires administratives (contentieuses) ressortissant à ses attributions. L'arrêt du Conseil d'État en date du 13 décembre 1889, *Cadot* met fin à ce système de justice retenue et donne compétence générale à la juridiction administrative.
[149] ARTUR (E.), *Séparation des pouvoirs et séparation des fonctions de juger et d'administrer*, RDP 1900, 1902, 1903 (t. XII, XIV, XVII).

faisant abstraction du fait que la théorie du ministre-juge n'existait déjà plus, la compétence générale du Conseil d'État prive de fondement cette réflexion qui occulte purement et simplement les hypothèses de recours contre les décisions émanant d'autres autorités administratives que les ministres.

Aussi semble-t-il que la confusion entre loi de procédure et loi de fond relève moins du manque de justesse de l'analyse juridique des auteurs précédemment cités que de la rédaction en elle-même de l'article 3 de la loi du 17 juillet 1900[150] et de ce qu'elle sous-entend. L'article dispose en effet que : « *Dans **les affaires contentieuses** qui ne peuvent être introduites devant le Conseil d'État que sous la forme d'un recours contre une décision administrative, lorsqu'il s'est écoulé un délai de plus de quatre mois sans qu'il soit intervenu aucune décision, les parties intéressées peuvent considérer leur demande comme rejetée et se pourvoir devant le Conseil d'État. Si des pièces sont produites après le dépôt de la demande, le délai ne court qu'à dater de la réception de ces pièces* ». Le fait de mettre l'accent sur ces termes d'« affaires contentieuses » induit naturellement les observateurs en erreur puisque cela tend à donner une trop grande importance à ce qui semble être un critère d'exclusion du champ d'application de cette disposition, alors même qu'il n'en est rien. Car le consensus admet que, comme nous l'avons écrit plus haut, la prétention d'un intérêt lésé ou d'un droit violé suffit à faire admettre la nature contentieuse d'une affaire en droit administratif.

Cela étant dit, l'erreur de HAURIOU dans sa démarche ne se justifie que partiellement par cette remise en perspective ; chercher à comprendre les cas dans lesquels la disposition s'applique ou non antérieurement à la saisine du juge administratif (car c'est bien de cela qu'il s'agit dans les analyses des auteurs cités jusqu'ici) prouve que la nature de la loi, ou du moins de la disposition litigieuse, n'a pas été correctement appréhendée par l'auteur. La disposition contenue à l'article 3 de la loi de 1900 instaure une règle de procédure ; s'adonner à la recherche des critères pouvant potentiellement restreindre les conditions de sa mise en œuvre amène automatiquement à se poser la question de la recevabilité de la requête sur le fond, ce qui est hors-sujet.

C. Les conséquences de la confusion en pratique

Si nous recherchons l'intérêt qu'a porté et que porte la jurisprudence à cette loi et à ses effets en pratique, nous constatons vite que les problématiques concernées restent essentiellement cantonnées aux délais[151]. Cela peut paraître aussi logique que questionnant selon le point de vue duquel nous nous plaçons. Il reste que les nombreuses problématiques – que nous aurons l'occasion d'étudier à l'occasion de ce travail de recherche – qu'a soulevé et que continue de

[150] Art. 3 de la loi du 17 juillet 1900.
[151] À titre d'exemple : CE, 27 mars 2006, *M. Kaci*, n° 283409 ; TA Melun, 31 décembre 2015, n°1308813.

soulever la fiction de la décision implicite auraient semblé mériter un plus grand intérêt de la part du juge administratif.

Cela étant, cette attitude peut (et doit sans doute) être analysée comme une preuve de libéralisme, à l'image de celle du législateur de 1900[152]. Il ressort de la jurisprudence étudiée jusqu'ici que le Conseil d'État tendait à entraver le moins possible la mise en place de ce système de décision implicite.

Deux points témoignent assez largement de cette volonté. Le premier concerne l'interprétation très large de la nature du récépissé[153], condition posée par la loi du 17 juillet 1900 afin de faire courir le délai de quatre mois constituant, à son terme, le silence de l'Administration. En permettant ainsi de faire courir le délai à l'expiration duquel naît la décision implicite dans la grande majorité des cas, le juge donne aux dispositions de la loi de 1900 toute leur portée. Encore une fois – et le cas de l'affaire *Zill-Desilles* l'illustre parfaitement – le but du Conseil d'État est d'empêcher que le refus de l'Administration de délivrer un récépissé puisse faire obstacle à la saisine du juge par l'administré. On comprend bien que si le juge administratif s'était montré plus conservateur et rigide sur la délivrance du récépissé, l'obstacle du silence de l'Administration que la loi de 1900 permet de surmonter se serait simplement déplacé et la liaison du contentieux n'aurait pas été davantage facilitée.

Le second point démontrant l'attitude libérale du Conseil d'État dans l'application de la loi du 17 juillet 1900 s'observe précisément dans la qualification que ce dernier semble donner de l'affaire contentieuse ; la rapidité avec laquelle le juge administratif passe sur cette problématique permet de penser que, comme nous le soulignions plus tôt, la question présente un intérêt davantage au plan de la théorie juridique que de la pratique. Il découle de la décision précédemment citée que, d'une part, toute demande d'un administré présentant une difficulté à laquelle une réponse juridique doit être apportée entre dans le champ des « affaires contentieuses » telles qu'énoncées par l'article 3 de la loi du 17 juillet 1900, et d'autre part, qu'il n'appartient en aucun cas à l'Administration de préjuger du caractère contentieux ou non d'une demande.

Il est d'ailleurs intéressant de remarquer que le juge administratif, en ne développant pas davantage sur ce critère, donne un indice patent sur le fait que la demande d'un administré n'a pas besoin d'être fondée sur un droit effectivement violé ou un intérêt effectivement lésé

[152] Du point de vue de la protection de l'administré, le législateur à l'origine de la loi du 17 juillet 1900 se montre en effet extrêmement libéral car il ne pose aucune condition de délai quant à la saisine du juge par l'administré à l'issue du délai de quatre mois au terme duquel naît le silence. Autrement dit, l'administré qui se voit opposer une décision implicite de rejet a le pouvoir de saisir le juge administratif indéfiniment. Il s'agit évidemment d'une position qui rompt radicalement avec l'idéologie en vigueur à cette époque, celle de la position dominante – pour ne pas dire écrasante – de l'Administration.

[153] Voir : CE, 7 août 1905, *Zill-Desilles*, S.1906-3-129 ; CE, 14 novembre 1905, *Carrère*, S. 1907-3-III ; CE, 3 février 1911, *Nicollet*, S. 1913-3-95 ; CE, 27 mars 1920, *Dumont*, S. 1923-3-I.

pour être recevable sur le fondement de l'article 3 de la loi étudiée, la simple prétention suffit. Il faut néanmoins rester prudent car dans le cas d'espèce servant de base à cette analyse, le litige portait sur un recours pour abus (ou appel comme d'abus), aboli par la loi du 9 décembre 1905 sur la séparation des Églises et de l'État et ainsi ramené dans le giron du Conseil d'État en tant qu'il concerne une mesure assimilée à une mesure disciplinaire, ce que soutenait déjà HAURIOU avant la disparition du recours pour abus[154]. La nature contentieuse de l'affaire ne faisait donc en l'espèce aucun doute pour le Conseil d'État.

Aujourd'hui, vu la manière dont les dispositions ayant remplacé l'article 3 de la loi du 17 juillet 1900 sont rédigées, la question portant sur la définition des « affaires contentieuses » n'importe plus de la même manière. Il semblerait donc que cette confusion sur la nature de la loi initiale soit bel et bien due à une sur-interprétation des termes employés par le législateur. En effet, il est possible de constater que dans les évolutions les plus récentes[155] les différentes formulations ont changé, abandonnant les termes d'« affaires contentieuses » au profit de formules beaucoup moins ambiguës. Pour reprendre la dernière évolution en date de la loi de 1900, l'article 21 de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000[156] relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations disposait que « *sauf dans les cas où un régime de décision implicite d'acceptation est institué dans les conditions prévues à l'article 22, le silence gardé pendant plus de deux mois par l'autorité administrative sur une demande vaut décision de rejet* ». Le législateur a donc mis fin à l'ambiguïté rédactionnelle ayant conduit aux analyses relativement bancales que nous avons pu étudier ; il n'est plus question d'affaires contentieuses. Celles-ci sont évidemment sous-entendues, mais il appartient au juge, une fois seulement l'instance engagée, de juger de la recevabilité de la requête qui lui est soumise. Comme il s'agit à l'origine d'une loi de procédure – c'est ce que nous avons démontré dans cette section – le fait de savoir si la requête est fondée ou non n'influe aucunement sur l'application de la règle selon laquelle le silence conservé par l'Administration pendant quatre mois (pour le cas de la loi de 1900) ou, *en principe*, deux mois (pour les cas à partir de la loi du 12 avril 2000) vaut décision implicite de rejet (ou d'acceptation).
Cependant, dans certains cas cette clarification lexicale a également pu modifier la nature et le but du silence de l'Administration de manière parfois presque invisible sans pour autant être anodine ; c'est ce qu'il nous sera donné d'étudier dans un second chapitre.

---

[154] Voir HAURIOU (M.), *Précis de droit administratif et de droit public*, 12° ed., Dalloz 1933, p. 172 et Répertoire général du droit français, v° *abus ecclésiastique*, n° 102 et s.
[155] Décret n°53-934 du 30 septembre 1953 portant réforme du contentieux administratif ; Loi n°56-557 du 7 juin 1956 relative aux délais de recours contentieux en matière administrative ; Décret n°65-29 du 11 janvier 1965 relative aux délais de recours contentieux en matière administrative.
[156] Nous ne citons pas ici la loi n° 2013-1005 du 12 novembre 2013 habilitant le Gouvernement à simplifier les relations entre l'administration et les citoyens dans la mesure où, même s'il s'agit effectivement de la dernière évolution en date, elle apporte un revirement trop important par rapport à la loi de 1900, qu'il conviendra d'étudier en détail dans une partie dédiée.

Il reste néanmoins curieux que si peu d'auteurs[157] se soient intéressés à la question. Quand bien même celle-ci n'offre probablement qu'un intérêt théorique, voire désormais historique, la problématique méritait selon nous d'être soulevée et analysée afin d'en percevoir tous les tenants et aboutissants.

D. La question d'une transformation possible par la pratique

La question que l'on est en droit de se poser suite à la réflexion précédente consiste à se demander s'il est possible qu'une loi de procédure puisse se « transformer » – ou en tout cas revêtir les caractéristiques – en loi de fond par les effets de la pratique.
En d'autres termes, il ne s'agit pas d'étudier nécessairement l'évolution de la loi dans le texte, mais davantage celle des effets de son application. Le fait que la règle du silence valant décision soit une règle de procédure et non de fond demeure malgré les évolutions. Cependant, les changements ayant touché le silence dans la pratique sont indéniables et soulèvent la question du changement de nature de celui-ci.

Même si l'on se focalise uniquement sur la décision implicite de rejet, il apparaît de manière évidente que son appréhension par le droit administratif dans le temps a modifié son utilité.
La décision implicite et sa généralisation amènent évidemment son lot de conséquences touchant plusieurs aspects du droit, mais nous réservons l'étude de celles-ci pour un second chapitre.

Deux facteurs doivent être mis en parallèle lorsque l'on s'intéresse à l'évolution de la nature de la décision implicite de rejet et à son appréhension par l'Administration et, de manière plus large, par le droit administratif : d'un côté, il y a l'évolution du silence tel qu'induit par les textes de lois et la jurisprudence, et d'un autre côté, il faut prendre en compte l'évolution de la perception du système de décision implicite par l'Administration, principale concernée, et l'usage qu'elle en fait.

De ce fait, ces deux façons d'aborder le sujet ne sont pas à mettre sur un même plan ; les conséquences des évolutions législatives successives ayant touché le silence ne sont pas toujours perçues de la même manière par les acteurs concernés (selon qu'il s'agisse du législateur, de l'Administration ou des administrés).

Le silence-rejet aurait pu servir d'outil d'administration active (notamment du point de vue de la célérité) mais reste en réalité une simple règle de procédure dans la pratique, qui a tendance à connoter négativement la décision implicite. À la question de savoir si une règle de procédure peut changer de nature par la pratique, nous aurions donc tendance à répondre par

[157] À part la thèse de D. DORLENCOURT-DETRAGIACHE, on ne trouve que peu voire pas d'autres travaux faisant état de cette confusion.

l'affirmative. Ce phénomène devient encore plus clair avec les changements récents engendrés par la loi de 2013 (qui fera l'objet d'une étude approfondie en seconde partie).

C'est l'usage de la décision implicite par l'Administration (avec l'intervention du juge qui a largement contribué à modeler ce mécanisme) qui permet d'envisager une telle évolution. Dans le texte de la loi, rien n'a changé concernant la nature de la règle mais il est pour autant impossible de soutenir que la pratique n'a pas fait évoluer la décision implicite vers autre chose qu'une règle de procédure. Nous tenterons par la suite de déterminer la teneur de cette variation.

Section 2. L'idée erronée sur la nature de sanction de la décision implicite

Il est souvent possible de lire[158] que le sens juridique donné au silence de l'administration correspond à une sanction de son comportement/de sa lenteur, a fortiori lorsqu'il s'agit du silence-acceptation. Or, dans un cas comme dans l'autre, il ne s'agit ni du but théorique recherché, ni du ressenti dans la pratique. Il est donc nécessaire de revenir sur les origines de la décision implicite afin de bien comprendre les rouages théoriques qui sous-tendent cette fiction juridique.

Il convient dans un premier temps de dissocier les sens du silence de l'administration du point de vue de leur caractère ou non de sanction. En effet, dire que le fait d'avoir donné un sens juridique au silence de l'administration peut être assimilé à une sanction de sa potentielle lenteur, voire abstention, ne se vérifie pas dans tous les cas.

§1. Le cas du silence-rejet

Pour le cas du silence-rejet d'abord, il convient de rappeler brièvement que son utilité se résume initialement (et uniquement[159]) à lier le contentieux. Ici, si l'on se réfère à la définition donnée précédemment[160] du terme « sanction », il est possible de constater qu'effectivement la fiction juridique du silence vient interpréter de force un comportement abstentionniste[161] de l'Administration, et donc le sanctionner. Mais il ne s'agit pas ici d'une sanction « punition » mais bien de la mise en œuvre d'un mécanisme juridique visant à rationaliser une posture de l'Administration. En d'autres termes, il s'agit d'une sanction « mécanique » ou « objective » et non pas « sociologique », contrairement au cas du silence-acceptation.
Ce dernier comporte en effet une autre dimension non négligeable sur laquelle il nous sera donné de revenir en détail plus tard : le risque de modification de l'ordonnancement juridique.

---

[158] Par exemple, BENEZRA (G.), *Le silence de l'Administration : Vicissitudes de la réglementation française*, La Revue administrative, 20ème année, n°119 septembre-octobre 1967, pp. 540-546 ; LATOURNERIE (M.-A.), *La portée juridique du silence de l'administration en droit français*. Repéré sur le site : http://www.comitasgentium.com/fr/devenirauteur4/item/163-la-portee-juridique-du-silence-de-l-administration-en-droit-francais ; DEBBASCH (CHARLES), *Les modes non formels d'expression de la volonté de l'administration*, La Revue administrative, 21ème année, n°125 (septembre-octobre 1968), pp. 555-559 ; ou plus récemment, DESPRAIRIES (A.), *La décision implicite d'acceptation en droit administratif français*, thèse Paris I, 2019, dact., 599 p. ; PARINET (P.), *La carence de l'administration*, thèse Tours, 2017, dact., 594 p.

[159] Contrairement à ce que G. BENEZRA a pu écrire (Voir : *Le silence de l'Administration : Vicissitudes de la réglementation française*, La Revue administrative, 20ème année, n°119 septembre-octobre 1967, pp. 540-546), le silence-rejet tel qu'il a initialement été prévu par la loi du 1900 n'a pas été pensé comme une *arme contre l'inertie de l'Administration* mais bien comme un procédé permettant de lier le contentieux.

[160] TERRÉ (F.), *op. cit.*, *p.* 533.

[161] Encore que cela reste à nuancer.

Il faut comprendre par-là que les conséquences sont loin d'être identiques dans les deux hypothèses de silence dans la mesure où la seconde emporte des conséquences morales, inexistantes chez la première.

Dans ce contexte, il nous apparaît peu utile de nous attarder sur le cas du silence-rejet. Cependant, même si nous avons déjà exposé la raison qui justifie sa création et le fait que, quand bien même la décision implicite de rejet semble condamner l'une des formes d'abstention de l'Administration, elle vient simplement en réalité corriger un défaut « mécanique » du droit administratif, nous ne pouvons nous contenter de simplement balayer cette hypothèse d'un revers de la main tant les réflexions de certains auteurs sur le sujet témoignent des difficultés d'appréhension que pose le mécanisme de décision implicite, du moins d'un point de vue moral.
Quand bien même nous soutenons que la décision implicite de rejet ne relève en aucun cas d'un jugement de valeur sur l'attitude de l'Administration, il convient de le démontrer.

À titre d'exemple, G. BENEZRA[162] propose de ce point de vue une vision assez symptomatique de la manière dont le silence de l'Administration peut être perçu en général. Elle écrit en effet que « *ce recours contre le silence gardé pendant quatre mois consécutifs par les autorités administratives, est une sanction de la faute commise par elles* »[163] ou estime encore que c'est dans l'absence de délai (à l'origine) pour saisir le juge après les quatre mois faisant naître le silence « *que réside le caractère de sanction de l'inertie de l'Administration : par la faute qu'elle commet en gardant le silence elle met l'administré dans une situation incertaine et injuste* »[164]. Ces quelques phrases nous permettent de relever plusieurs points fondamentaux concernant la décision implicite de manière générale, de rejet en particulier, qu'il nous apparaît juste de nuancer.

A. La faute commise par le silence gardé

Le premier point de désaccord concerne la notion de faute, utilisée par l'auteur pour caractériser l'absence de réponse de l'Administration. Ce raccourci est aussi facile qu'il est dangereux, mais surtout, il apparaît contestable. À tout le moins, il apparaît déraisonnable (d'un point de vue juridique) de se montrer aussi péremptoire sur la question.

[162] BENEZRA (G.), *Le silence de l'Administration: Vicissitudes de la réglementation française*, La Revue administrative, 20ème année, n°119, septembre-octobre 1967, pp. 540-546.
[163] *Ibid.*, p. 542.
[164] *Ibid.*

Le silence est-il constitutif d'une faute ? Reconnaître une faute dans un tel contexte revient à « reconnaître à l'Administration l'existence d'une obligation d'agir préexistante »[165], ce que ne recherche absolument pas G. BENEZRA[166].

Existe-t-il donc une obligation active pour l'Administration de prendre des décisions ? Il apparaît que quelle que soit la réponse que l'on apporte à cette interrogation, celle-ci devra être nuancée.

Comme le rappelle tout d'abord R. GOUTTENOIRE dans sa thèse, « *l'Administration ne peut rien faire au-delà de ce qu'elle doit, mais elle doit faire tout ce que la loi lui impose* »[167]. Il estime que cela découle de l'obligation (une conséquence qu'il qualifie d'extrême) imposée au pouvoir exécutif par l'article 3 (al.1) de la loi constitutionnelle du 25 février 1875 qui subordonne le pouvoir de décision et d'exécution à la loi.
Il s'agit donc de la reconnaissance d'une obligation *générale*, existant à la charge de l'Administration, de respecter et de faire respecter la loi. C'est également ce qui ressort des conclusions de GENTOT sous l'arrêt du Conseil d'État en date du 7 mai 1971, *Min. de l'Economie et Ville de Bordeaux c/ Sastre*. Selon le Commissaire du Gouvernement, cette obligation générale constitue le principe de base sans lequel il n'y aurait pas d'État de droit.

Juridiquement donc, et pour le sujet qui nous intéresse ici, l'Administration commet une faute lorsqu'elle s'abstient de prendre des mesures nécessaires à l'application de la loi[168]. De la même manière, G. GUIAVARC'H estime dans sa thèse que « *sanctionner une abstention […], c'est admettre que les autorités administratives ne pouvaient adopter en l'espèce le comportement inerte qu'elles ont eu, et qu'elles devaient dès lors mettre en œuvre les pouvoirs qui leur ont été confiés. C'est reconnaître par voie de conséquence qu'il y avait une [obligation d'agir]* »[169].
Néanmoins, comme nous avons pu le voir en introduction, le cas du silence diffère légèrement des hypothèses classiques d'abstentions. À vrai dire, nous pensons même qu'aujourd'hui, le silence ne devrait plus être considéré comme une abstention au sens juridique du terme. Nous développerons cette opinion plus en détail dans le paragraphe suivant.

---

[165] PLANIOL (M.), *Droit civil*, 9ème éd., t.2, p. 281.
[166] Il ressort de la lecture de la doctrine passée et contemporaine que les questions relatives à l'obligation d'agir de l'Administration ne sont pas au centre des préoccupations, si l'on se permet de faire abstraction des travaux concernant la question de la compétence liée. Nous considérons que si les deux sont liées, l'une n'englobe que partiellement l'autre.
Lire en ce sens GUIAVARC'H (G.), *Abstention et obligation d'agir en droit public : recherche sur l'incomplétude du droit et l'obligation de création des normes*, thèse Rennes I, 1996.
[167] GOUTTENOIRE (R.), *Le silence de l'administration*, Paris, P. Bossuet, 1932, p. 3.
[168] CE Ass., 27 novembre 1964, *Ministre des finances c/ dame veuve Renard*, p. 540.
[169] GUIAVARC'H (G.), *Abstention et obligation d'agir en droit public : recherche sur l'incomplétude du droit et l'obligation de création des normes*, thèse Rennes I, 1996, p. 8.

Il ressort donc de ces développements que l'Administration semble être effectivement soumise à une obligation d'agir, mais uniquement de manière générale, lorsqu'il existe « une impossibilité d'absence de norme relativement à la question considérée »[170]. Toutefois, nous remettons en question ce fait – partiellement du moins – dans la mesure où il existe un paradoxe dans la constatation de cette obligation, mis en exergue par deux phénomènes.
D'une part, la réalité de cette obligation ne se vérifie qu'au cas par cas[171], et d'autre part, comme l'énonce G. GUIAVARC'H, « *toute obligation d'agir est 'repérée' après une abstention, sauf dans quelques hypothèses où elle est expressément formulée dans un texte* »[172].
Cela signifie finalement que l'obligation d'agir n'existe pas en amont de l'abstention, sauf dans certains domaines finalement résiduels. Peut-on donc légitimement considérer qu'une obligation d'agir pèse par nature sur l'Administration ? Il semble que répondre par la négative soit ici approprié.

L'auteur de la thèse citée précédemment développe à ce sujet une opinion que nous partageons absolument : l'obligation d'agir ne constitue pas le mode normal d'action des autorités administratives contrairement à la « faculté d'agir »[173]. Pour lui, cette dernière a un champ limité à « l'impulsion, à l'initiative de l'action administrative » là où le pouvoir discrétionnaire concerne « la marge de liberté par rapport à la règle de droit dont dispose l'administration dans la mise en œuvre de son pouvoir ». Ce point de vue est confirmé par la jurisprudence ainsi que par la doctrine[174]. Il s'agit alors d'une « abstention discrétionnaire »[175]. Dans le cas du silence de l'Administration, il nous semble que cette hypothèse se vérifie parfaitement, ce que nous allons voir dans les développements suivants.

Il se trouve alors que l'affirmation de G. BENEZRA est erronée en ce qu'elle assimile *de facto* le silence de l'Administration à une faute. Au-delà du fait de ne pas étayer son propos en caractérisant, notamment, ladite faute (et en faisant l'impasse sur l'obligation d'agir de l'Administration), l'auteur commet selon nous une négligence en faisant l'amalgame entre les différentes hypothèses d'abstentions, sans les distinguer du silence.

---

[170] *Ibid*., p. 11.
[171] Voir en ce sens : GENTOT (M.), conclusions sur l'arrêt du Conseil d'État en date du 7 mai 1971, *Min. de l'Economie et Ville de Bordeaux c/ Sastre,* Rec. p. 8
[172] GUIAVARC'H (G.), *op. cit.*, p. 11.
[173] *Ibid.*, p. 350
[174] Voir notamment : CE, 22 avril 1992, *SCI Les Résidences de Ninon*, cons. 6 : « *Considérant […] qu'il résulte des termes mêmes de l'article R.315-33 susmentionné du code de l'urbanisme que le préfet a la faculté, mais non l'obligation, d'autoriser le lotisseur […] à procéder à la vente ou à la location de lots avant exécution de tout ou partie des travaux d'aménagement* ».
Également en ce sens : MICHOUD (J.), *Étude sur le pouvoir discrétionnaire de l'administration*, Revue générale d'administration, 1914, tome 3, septembre-décembre, p. 5 et 1915, tome 1, p. 193.
[175] GUIAVARC'H (G.), *op. cit.*, p. 352.

À l'inverse, P. MONTANÉ DE LA ROQUE écrit dans sa thèse que « toutes les abstentions ne sont pas fautives »[176].
Nous nous rallions à cette idée et considérons que le silence de l'Administration, en particulier, n'est aujourd'hui jamais une faute dans la mesure où il s'agit d'un mécanisme encadré par la loi. Le législateur lui ayant donné un sens juridique, il a par la même occasion légitimé son existence et son usage.

B. Le silence comme abstention

Pour reprendre la réflexion amorcée précédemment, nous pouvons nous demander si le silence constitue aujourd'hui réellement une abstention. Classiquement, le silence de l'Administration est effectivement souvent assimilé à une abstention, considérée comme l'une des formes possibles de carences absolues[177]. Cependant, nous avons tendance à ne pas partager cette opinion dans la mesure où il semble que du moment où la loi donne un sens au silence et l'assimile à une décision, il ne s'agit plus d'une abstention juridiquement sanctionnable.

Nous pouvons communément identifier deux types d'abstention[178] : l'abstention au sens général (dite dans l'action) et l'abstention « pure et simple ». La principale différence entre ces deux formes d'abstention réside dans le fait que la seconde ne peut être contestée que par recours en plein contentieux, puisqu'aucun acte n'existe pouvant servir de fondement à un recours pour excès de pouvoir[179]. En effet, une abstention dans l'action survient lorsque son auteur n'agit pas au cours d'une action, à l'inverse l'abstention dite « pure et simple » ne se rattache à aucune action/activité déterminée[180].

Il se trouve en effet que même si dans l'hypothèse du silence, l'Administration se contente de rester inerte, il n'empêche que ce silence fait suite à une sollicitation de la part de l'administré. Il ne s'agit donc pas d'une abstention au sens le plus strict du terme (donc « pure et simple »).

Cela dit, et pour aller plus loin dans la réflexion, nous pouvons rationaliser encore davantage cette idée. D'un point de vue purement formel, nous ne pouvons contredire les faits ; l'attitude qu'adopte l'Administration lorsqu'elle oppose son silence à la demande d'un administré relève indubitablement d'une abstention (du moins au sens général du terme). Le fait de

[176] MONTANÉ DE LA ROQUE (P.), *L'inertie des pouvoirs publics*, thèse, Toulouse, 1948, p. 318.
[177] Selon D. DORLENCOURT-DETRAGIACHE, il existe la carence relative, manifestée par le retard administratif, et la carence absolue, comprenant le silence, le refus exprès et l'abstention.
[178] Sur ce point, voir GUIAVARC'H (G.), *op. cit.*, p. 395.
[179] Pour reprendre les mots de LAFERRIÈRE, le recours pour excès de pouvoir est « le procès fait à un acte » (*Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, 1989, t. 2, p.560).
[180] Sur la reconnaissance de cette distinction par la jurisprudence, voir : Cass. 1ère civ., 18 avr. 2000, 98-15.770.

ne pas se prononcer est toujours synonyme d'abstention[181]. Toutefois, si l'on se place cette fois dans une perspective juridique, cette abstention n'a plus aucune valeur dans la mesure où la loi est venue l'interpréter, lui donner un sens. Il s'agit d'un paradoxe car l'abstention générale caractérisée par le silence de l'Administration génère une décision, qui par son existence « efface » l'abstention. Dans ce cas, l'abstention initiale (le silence ayant fait naître une décision existe toujours) n'a pas à être sanctionnée – par exemple par un recours en carence – dans la mesure où elle a donné lieu à une décision.

Quant à savoir si le silence conservé par l'Administration peut être appelé une « inaction », encore une fois le doute est permis. À partir du moment où la loi est venue attribuer au silence la même portée qu'une décision expresse, celui-ci est devenu un nouveau moyen – indirect – pour l'Administration de prendre une décision.

Le dictionnaire du Petit Robert[182] définit l'« action » en ces termes : « Ce que fait quelqu'un et ce par quoi il réalise une intention ou une impulsion ». Cette définition est assez évocatrice du fait que c'est la faculté d'agir qui conditionne l'action et non pas la manière. Autrement dit, le fait pour l'Administration de prendre une décision, qu'elle soit expresse ou implicite, entre dans cette définition et fait de la décision implicite une action. Cela peut sembler paradoxal mais c'est pourtant ce qu'a fait le législateur en créant ce système, il a fait d'une inaction un moyen d'action. Par défaut, certes, mais un moyen d'action néanmoins.

Comme le rappelle M. GENTOT dans ses conclusions[183], il est admis que si l'Administration est tenue de faire respecter la loi (et de la respecter, évidemment), elle a en revanche la maîtrise des moyens qu'elle utilise : la décision implicite semble faire partie intégrante de ces moyens d'action, et non pas d'inaction. En somme, la décision implicite est un moyen d'action de l'Administration qui « utilise » l'abstention ; lorsque l'Administration choisit de rester silencieuse, elle prend une décision, donc elle agit au sens littéral du terme.

[181] Cependant, nous pensons que rapprocher l'inertie de l'abstention est une erreur. Selon une conception philosophique davantage que juridique, le fait de choisir de rester silencieux constitue selon nous une action. Faire un choix équivaut à prendre une décision.
[182] *Le Nouveau Petit Robert*, Paris 2000 (sous la direction de J. REY-DEBOVE et A. REY).
[183] Conclusions GENTOT sous l'arrêt du Conseil d'État en date du 7 mai 1971, *Min. de l'Economie et Ville de Bordeaux c/ Sastre.*

C. La notion de sanction dans l'absence de délai de saisine du juge initialement prévu par la loi

Un point intéressant est relevé G. BENEZRA[184] lorsqu'elle écrit que le fait de dire que le caractère de sanction du silence-rejet réside – ou plutôt résidait – dans l'absence de délai existant à l'origine (dans la loi de 1900) pour saisir le juge à l'expiration des quatre mois de silence de l'Administration, ce sur quoi est revenu le décret de 1953[185] en enfermant le recours dans le délai de recours contentieux, soit deux mois à compter de l'expiration des quatre mois faisant naître la décision implicite.

Ce point de vue se défend dans la mesure où le fait de faire peser le risque d'un recours contentieux de manière indéfinie dans le temps incite fortement les autorités administratives à répondre aux demandes des administrés dans les temps, donc de manière expresse. C'est ce risque qui constitue alors la sanction. Cette perspective aurait tendance à donner raison à des auteurs tels que CH. DEBBASCH pour qui « *les modes d'expression non formels [de l'Administration] relèveraient de la pathologie du droit administratif* »[186], ce avec quoi nous nous trouvons être en désaccord. Si une « sanction-punition » existe, c'est que le comportement qu'elle vise n'est pas en adéquation avec l'ordre établi. Dans le cas que nous étudions, cela revient à faire de l'abstention par le silence un comportement déviant, et donc d'un point de vue juridique, « pathologique », puisque le fait de laisser à l'administré le loisir de saisir le juge administratif indéfiniment signifie que, quand bien même le silence vaut décision, ce silence mérite un traitement différent car il n'est pas « normal ».

Et c'est ici que le bât blesse juridiquement : raisonner ainsi constitue une manière pour le législateur de dire que la décision implicite possède finalement une portée différente de la décision explicite.

Pour résumer cette pensée, le fait pour le législateur de sanctionner ainsi l'Administration pour son silence sur une demande est en parfaite opposition avec le fait d'en faire une fiction juridique, donc de lui donner valeur de décision. En effet, si le législateur avait véritablement souhaité sanctionner le silence de l'Administration, il aurait dû lui donner un sens bien particulier, unique. Ni une décision de rejet, ni d'acceptation. Simplement une décision implicite de refus de répondre, un « silence muet »[187]. Car en procédant comme il l'a fait en 1900, le législateur assimile le silence à un type d'acte juridique déjà existant : en effet, qu'elle soit

[184] BENEZRA (G.), *op. cit.*, p. 543.
[185] Décret n°53-934 du 30 septembre 1953 portant réforme du contentieux administratif.
[186] DEBBASCH (Ch.), *Les modes non formels d'expression de la volonté de l'administration*, La Revue administrative, 21ème année, n°125, septembre-octobre 1968, p. 555.
[187] PATRITO (P.), *Les décisions implicites de l'administration : une comparaison entre la France et l'Italie*, RFDA 2020, p. 537.

implicite ou expresse, une décision de rejet reste une décision de rejet, dont les effets et conséquences sont déjà, eux, connus juridiquement. Concrètement, dans ce cas précis, rien ne permet de légitimement dissocier les régimes d'actes implicites de ceux des actes explicites. Or, dans l'hypothèse d'une décision implicite de refus de répondre, le juge pourrait être saisi sur la base de celle-ci. L'abstention est ainsi toujours identifiée juridiquement – le déni d'administration reste impossible – mais ce régime pourrait justifier le fait de ne faire courir aucun délai de recours contentieux justement dans la mesure où il s'agirait clairement d'un régime-sanction.

L'hypothèse reste fortement improbable, et n'est d'ailleurs pas souhaitable car bien trop sévère à l'encontre de l'Administration. Elle permet néanmoins de démontrer que les régimes existants aujourd'hui ne sont pas des régimes-sanctions à l'égard de l'Administration, mais bien des garde-fous destinés à pallier les éventuelles défaillances du système administratif.

D. La clarification sur la nature du silence-rejet

Certains auteurs, comme le relève G. BENEZRA, ont pu estimer à tort que l'absence de délai trouvait sa justification dans le fait que la loi de 1900 aurait mis en place une présomption légale plutôt qu'une fiction[188]. Nous avons établi en introduction la distinction entre les deux notions, de même que la raison pour laquelle le régime de la décision implicite ne peut pas être considéré comme une présomption. Pour rappel, d'après le Code civil[189] « *les présomptions sont des conséquences que la loi ou le magistrat tire d'un fait connu à un fait inconnu* ». Or, il est une caractéristique attachée à la présomption qui ne saurait exister dans l'hypothèse de la décision implicite : qu'elle soit simple ou légale, elle peut être détruite par une preuve contraire[190].
Dans le cas de la présomption légale, qui nous intéresse ici, l'arrêt rendu par la Cour de cassation en date du 5 janvier 1810[191] établit un principe clair concernant la remise en cause d'une présomption légale en jugeant que : « *Attendu que si une présomption de droit peut être détruite par la preuve positive d'un fait contraire à celui qu'elle suppose, elle ne peut du moins pas l'être par des* présomptions non autorisées par la loi*, et purement arbitraire* ».

Il apparaît alors clairement que l'assimilation du silence conservé par l'Administration sur une demande à une décision de rejet (ou d'acceptation) ne saurait être considérée comme une présomption légale. Certes la loi vient attribuer un sens et une portée – équivalents à celle d'une décision explicite – à une abstention, elle vient « dénaturer » la réalité. À ce titre, il est

[188] En ce sens, voir notamment MONTANÉ DE LA ROQUE (P.), *op. cit.*, p. 14.
[189] Voir art. 1349 et s.
[190] TOULLIER (C.-B.-M.), *Le droit civil français, suivant l'ordre du Code, ouvrage dans lequel on a tâché de réunir la théorie à la pratique*, t. 10, 1812, p. 53 et s.
[191] C. Cass., sect. réun., *Douanes c./ Aertsens et autres*, 5 janvier 1810. Voir *Journal du Palais*, t. VIII (1810), 3° éd., Paris 1841, p. 11.

donc légitime de considérer l'hypothèse selon laquelle un tel silence pourrait relever d'une présomption légale. Cependant, d'un point de vue juridique, ce raisonnement n'est pas valable dans la mesure où l'Administration n'a pas le loisir de pouvoir apporter la preuve démontrant que le sens attribué à son silence par loi n'est pas le bon.

Soit l'Administration répond de manière explicite dans le délai établi par la loi, auquel cas la fiction juridique du silence ne s'applique pas, soit elle demeure muette et son silence est assimilé à une décision de rejet ou d'acceptation. Le législateur ne présume donc pas du sens du silence, il l'interprète d'office : le silence de l'Administration n'est pas *présumé* valoir décision de rejet ou d'acceptation, il *vaut* décision de rejet ou d'acceptation.

Ce sont d'ailleurs les termes employés par le législateur lui-même, qu'il est possible de retrouver à l'article L. 231-1 du Code des relations entre le public et l'Administration : « *Le silence gardé pendant deux mois par l'administration sur une demande vaut décision d'acceptation* ». En outre, le juge administratif reconnaît qu'à l'issue du délai fixé par la loi (ou aménagé par voie réglementaire) et sans réponse de l'Administration, une décision *naît*[192]. La forme affirmative employée à ces occasions démontre que la naissance d'une telle décision n'est pas présumée. Elle existe et ne peut être remise en question par son auteur que par la prise d'une nouvelle décision.
C'est ainsi que lorsque G. GUIAVARC'H écrit concernant le silence que « l*e sens qu'on lui a donné le fait passer de 'simple' abstention à présomption de décision* »[193], nous ne pouvons être d'accord.

Le fait pour le législateur de revenir en 1953 sur l'absence de délai de saisine du juge lorsque naît la décision implicite de rejet ne témoigne pas selon nous d'un retour sur la vision libérale du législateur de 1900, mais au contraire une anticipation sur l'avenir. On assiste en réalité aux prémices de la transformation de la décision implicite dans son utilité. Il ne s'agit plus de « simplement » permettre la liaison du contentieux afin de défendre les intérêts des administrés mais également de rendre la décision implicite utilisable par l'Administration afin de rationaliser son mode de fonctionnement. De ce point de vue, il était inconcevable de laisser courir indéfiniment le délai de recours.

Il ne faut pas oublier que c'est – du moins à l'origine – l'intérêt général qui fonde l'action administrative. Laisser la possibilité aux administrés de contester une décision sans délai

[192] Voir par exemple les arrêts et avis : Conseil d'État, 1ère - 6ème chambres réunies, 17/11/2017, 398573 ; Conseil d'État, 10ème - 9ème chambres réunies, 23/10/2017, 411260 ; Conseil d'État, 10ème - 9ème chambres réunies, 19/06/2017, 403096.
[193] GUIAVARC'H (G.), *op. cit.*, p. 395.

de forclusion va à l'encontre de ce principe dans la mesure où l'Administration peut dans cette hypothèse se retrouver potentiellement submergée, ce qui nuit à son bon fonctionnement.
Dans une autre mesure, beaucoup plus pragmatique, il ne faut pas négliger l'aspect économique d'une telle mesure. Enfermer le recours contentieux contre une décision implicite dans un délai de deux mois, à l'instar du recours contre un acte explicite, pèse sans doute moins lourd dans le budget de l'État dans la mesure où les justiciables peuvent se trouver forclos (ce qui réduit *de facto* le nombre de contentieux), là où ce n'est évidemment pas le cas si le délai de saisine court indéfiniment (dans cette hypothèse, le flux de contentieux est ininterrompu et surtout imprévisible).

En somme, voir la décision implicite de rejet comme une sanction à l'encontre de l'Administration semble en réalité assez éloigné de la réalité. Évidemment, si l'on compare la situation avant 1900, et a fortiori avant 1864, et la situation après l'intervention de ces deux lois, il est logique de considérer que la création ainsi que la généralisation de la décision implicite (en l'occurrence de rejet) revêt les caractéristiques d'une sanction au sens « punition ». Lorsque le législateur vient interpréter de force le silence de l'Administration en lui octroyant la valeur et la portée d'une décision, dans un contexte où ladite Administration occupe une position dominante vis-à-vis des administrés, il est clair que la rupture engendrée par l'adoption d'une telle loi vient légitimement instiller le doute quant aux motivations servant de fondement à celle-ci.

Cependant, il est nécessaire de prendre davantage de hauteur sur cette question afin d'en avoir un spectre le plus large possible. De ce point de vue, nous pouvons reprocher à des auteurs tels que G. BENEZRA, selon nous beaucoup trop subjectifs dans leur analyse et fondant beaucoup de leurs arguments sur un comportement supposé de l'Administration. En se plaçant de manière sans doute un peu trop évidente du côté des administrés et décrivant par conséquent une Administration particulièrement retorse et de mauvaise foi, les données sont nécessairement biaisées, notamment en ce que la décision implicite serait une « arme contre l'inertie », pour reprendre l'expression employée par D. DORLENCOURT-DETRAGIACHE à propos du point de vue de G. BENEZRA[194].

[194] DORLENCOURT-DETRAGIACHE (D.), *Contribution à une théorie de la carence en droit administratif français*, thèse Paris, 1972, p. 125.

§2. Le silence-acceptation

Il est en revanche plus ardu de trancher en ce qui concerne la décision implicite d'acceptation car son existence découle d'une autre vision de la décision implicite, d'une autre manière de la concevoir. Alors que les deux hypothèses de silence sont souvent étudiées côte à côte, ce choix nous semble manquer de pertinence. Comme nous le verrons tout au long de ce premier titre (plus particulièrement dans le chapitre 2), les deux formes de silence n'entraînent pas les mêmes conséquences et ne sont pas fondées sur les mêmes idéologies.

A. La notion de sanction fortement liée à l'apparition et la généralisation de la décision implicite d'acceptation

L'idée de sanction comprise dans le sens de « punition » est bien plus présente – à notre sens – dans le silence-acceptation, ce qui le distingue fondamentalement du silence-rejet. La raison en est simple : au-delà du risque de modification de l'ordonnancement juridique, qui fait déjà peser une responsabilité supplémentaire sur l'Administration, c'est surtout le fait qu'elle se retrouve dans une certaine mesure dessaisie de sa prérogative. D'abord en amont par le législateur, puisqu'en permettant d'assimiler le silence de l'Administration à une acceptation il participe à réduire la marge d'appréciation de celle-ci dans sa prise de décision. Ensuite et surtout par le juge administratif, amené à être potentiellement sollicité par des tiers et qui, dans ce cas, peut être contraint de remettre en question une décision de l'Administration qu'elle n'a pas officiellement prise.

1) Le dessaisissement par le législateur

Parler de dessaisissement peut sembler un peu fort, il s'agit pourtant d'une réalité aussi théorique que pratique. Avec la mise en œuvre du silence-rejet, le législateur permet simplement de lier le contentieux alors qu'avec celle du silence-acceptation, il va au-delà.
L'idée de sanction peut assez facilement découler de ce phénomène dans la mesure où la problématique se déplace : en faisant naître une décision de rejet, la liaison contentieuse peut se faire tandis que la décision implicite en elle-même n'a que peu voire pas du tout d'impact juridique. Dans ce cas, la décision implicite de rejet peut à la rigueur être vue comme une sorte de « garde-fou » également pour l'Administration en tant que cela peut potentiellement lui laisser une marge d'erreur dans le traitement des demandes, sans que les conséquences ne soient trop lourdes ou complexes sur un plan juridique.
Dans l'autre cas, celui de la décision implicite d'acceptation, le problème est bien différent et autrement plus épineux. Le fait pour le législateur d'avoir autorisé des dérogations au sens du

silence (avant – a priori – de les généraliser avec la loi de 2013[195]) donne à ce dernier une portée bien plus importante. À l'instar des décisions explicites, rendre une décision implicite d'acceptation crée un ou plusieurs droits à l'endroit de l'administré effectuant la demande, ce que ne permet logiquement pas la décision de rejet.

Nous y voyons ici un problème de taille au regard d'une des théories « sans doute des plus importantes, mais aussi des plus délicates du droit administratif français »[196] : la théorie du pouvoir discrétionnaire[197]. Selon la célèbre formule de MICHOUD, « *il y a pouvoir discrétionnaire toutes les fois qu'une autorité agit librement, sans que la conduite à tenir lui soit dictée à l'avance par une règle de droit* »[198]. Or si juridiquement, une décision implicite possède la même valeur qu'une décision explicite, l'Administration ne se trouve-t-elle pas dépossédée de son pouvoir discrétionnaire, le cas échéant, par la nature intrinsèque du silence ?

La question se pose légitimement pour les deux cas de silence, mais emporte bien plus de conséquences dans le cas du silence-acceptation. Encore une fois, le silence-acceptation génère une décision qui crée des droits au bénéfice d'un administré, mais cette décision découle d'un système fictionnel et non pas de l'exercice par l'Administration de son pouvoir discrétionnaire. De ce point de vue, il n'est pas inintéressant de s'interroger sur la portée réelle d'une telle décision implicite, par comparaison à une décision explicite.

Dans ce dernier cas, l'Administration est maîtresse de sa décision (même dans le cas de la compétence liée) dans la mesure où elle conserve toujours un choix : celui de rester silencieuse et de ne pas exercer son pouvoir. L'Administration produit donc un acte de volonté matérialisé par un acte administratif. Il semble éminemment logique de considérer qu'une décision prise discrétionnairement par l'Administration puisse accorder des droits à un individu. En revanche, qu'une décision implicite permette la même chose choque bien davantage puisqu'elle prive l'autorité compétente de son pouvoir de prendre des décisions. Car si la théorie juridique assimile le silence de l'Administration à une décision, en réalité cette décision n'émane pas de la volonté de son auteur mais d'une fiction mise en place par le législateur, et si le droit peut tout à fait créer un fait ou un acte là où il n'en existe pas, il ne peut en revanche

[195] Loi n° 2013-1005 du 12 novembre 2013 habilitant le Gouvernement à simplifier les relations entre l'administration et les citoyens.
[196] MAITROT (J.-C.), « Pouvoir discrétionnaire », *Encyclopædia Universalis* [en ligne]. URL : http://www.universalis.fr/encyclopedie/pouvoir-discretionnaire/
[197] Sur le sujet : GALLARDO (J.-M.), *Le pouvoir discrétionnaire de l'administration et le juge de l'excès de pouvoir*, thèse Pau, 2002, dact., 523 p. ; KOUTOUPA-RENGAKOS (E.), *Le Pouvoir discrétionnaire de l'administration interventionniste en droit français*, thèse Paris 1, 1987, dact., 569 p. ; MAUGER (F.), *Les pouvoirs implicites en droit administratif français*, thèse Paris 2, 2013, dact., 336 p. ; TAMZINI (W.), *Recherches sur la doctrine de l'administration*, thèse Paris 1, éd. L'Harmattan, coll. Logiques Juridiques, 2013, 690 p. ; D'HAËM (R.), *Le juge unique administratif*, thèse Paris 2, 2001, dact., 841 p.
[198] MICHOUD (J.), *Étude sur le pouvoir discrétionnaire de l' administration*, R.G.A., 1914, t. III, p. 5.

pas falsifier la volonté de l'Administration. Il est impossible d'imposer une volonté qui n'est – précisément – pas voulue.

Si cela n'entraîne aucune conséquence concrète puisque la décision, qu'elle soit implicite ou expresse, reste de la responsabilité de l'Administration dont elle émane, ce constat n'est pas anodin pour autant lorsque l'on se situe dans une perspective de théorie juridique.

Il s'agit donc bien là d'une sanction au sens de punition. Sauf que cette sanction nuit à l'intérêt général, en favorisant les intérêts particuliers « par défaut ». Mais ce sujet sera plus amplement abordé dans la seconde partie de cette thèse.

Pour confirmer l'idée selon laquelle la décision implicite dessaisit l'Administration de ses prérogatives, il est possible de partir d'un constat qu'avait déjà effectué G. LIET-VEAUX en 1964 concernant l'extension « aberrante » du champ d'application du silence-rejet, provoqué cette fois par le pouvoir réglementaire du fait d'un décret. L'auteur estimait alors qu'« e*n matière d'administration active, dès qu'il s'agit de l'exercice direct ou indirect d'une liberté, le silence de l'administration doit, en démocratie, être assimilé à une acceptation, une autorisation, une inscription, un agrément, bref une solution positive* »[199]. Toutefois, le décret n° 59-898 du 28 juillet 1959 sur la réglementation des lotissements devait venir remettre en question ce point de vue, spécifiquement par son article 4 alinéas 3 et 4. Le silence du préfet conservé pendant quatre mois sur la demande du lotisseur valait désormais refus, là où l'acceptation prévalait préalablement au décret.

Nous ne rejoignons pas nécessairement l'analyse de G. LIET-VEAUX du fait, comme nous l'avons expliqué, que l'argument tiré de la nature démocratique de l'État français ne doit pas pour autant permettre de justifier une remise en question de l'intérêt général, ce à quoi participe la généralisation du silence-acceptation. Néanmoins, une lecture a contrario de cet exemple démontre que ce que G. LIET-VEAUX considère comme une évolution aberrante, à savoir le fait pour le silence – normalement simple règle de procédure – de permettre une ingérence dans les problèmes de l'administration active[200], est en fait un repli sécuritaire (du point de vue de l'intérêt général et de la sécurité juridique). Il s'agit d'une preuve que le mécanisme du silence-acceptation est perçu comme un risque puisqu'il nuit au pouvoir discrétionnaire de l'Administration en lui faisant perdre le contrôle des décisions qu'elle est susceptible de prendre. Si le même raisonnement peut être tenu à propos du silence-rejet, ce dernier a au moins me mérite de ne pas poser de risque pour l'ordonnancement juridique.

[199] LIET-VEAUX (G.), *Évolution aberrante de la procédure du silence*, La Revue administrative, 17ème année, n° 99, mai-juin 1964, pp. 252-254, spéc. p. 254.
[200] Ce qui témoigne d'ailleurs selon nous de la transformation de la fiction du silence d'une simple règle de procédure à un véritable outil, comme nous le démontrerons plus loin.

La réponse à une question ministérielle de la même année vient d'ailleurs confirmer ces propos[201]. Jacques MAZIOL, ministre de la Construction à l'époque, explique dans cette réponse que : « *Cette dernière disposition* [concernant le permis de construire tacite]*, exorbitante des principes du droit public français, se rattache à une notion traditionnelle suivant laquelle le droit de construire fait partie des droits d'usages normaux de la propriété. Il ne saurait en être de même pour l'acte de lotir dont les conséquences sont toujours importantes pour la collectivité* ». Au-delà de l'argumentation discutable du ministre au plan juridique, il ressort néanmoins que ce dernier distingue le droit de construire du droit de lotir, justifiant ainsi que ce dernier soit régi par la règle du silence-rejet. Il s'agit là d'une manière d'exprimer le danger que représente la silence-acceptation sur le plan de l'équilibre juridique ainsi que pour l'intérêt de la collectivité (autrement dit l'intérêt général), du fait, précisément, qu'il ne permet pas à l'Administration de conserver le contrôle des décisions qu'elle est susceptible de prendre.
La décision implicite d'acceptation est donc une fois de plus perçue comme une sanction – dont les conséquences peuvent être dangereuses de surcroît – dans la mesure où elle dessaisit l'Administration[202]. Plus exactement, il s'agit bel et bien d'une sanction mais dont les conséquences juridiques ne sont pas assumées (à juste titre), signe indéniable de l'imperfection du mécanisme.

2) Le dessaisissement par le juge

Il ne s'agit en quelque sorte que d'une conséquence de l'application de la loi par le juge, néanmoins, cette hypothèse illustre encore davantage le caractère de sanction de la décision implicite d'acceptation, toujours d'un point de vue juridique.
L'exemple le plus éloquent ici concerne le régime de disparition des actes administratifs. En effet, sans revenir de manière étendue sur ce régime complexe[203], il convient d'en rappeler quelques fondamentaux afin de pouvoir identifier plus spécifiquement les raisons faisant que les décisions implicites, a fortiori d'acceptation, nuisent à l'autonomie de l'Administration, puisque remettant partiellement en cause son fondement : l'intérêt général.

Tout comme les problématiques soulevées actuellement par les évolutions de la décision implicite de l'Administration, le régime de sortie de vigueur des actes administratifs symbolise plus que jamais « *la lutte engagée entre le pouvoir discrétionnaire de l'Administration et le droit conféré par cette même Administration qui entend bien devenir un droit acquis* »[204].

[201] Question n° 7365, J.O. Ass. Nat., 28 mars 1964, p. 565.
[202] On peut dès lors douter de la portée d'une telle décision implicite, lorsqu'on la compare à une décision expresse.
[203] Quoiqu'il ait été simplifié par l'ordonnance du 23 octobre 2015 relative aux dispositions législatives du Code des relations entre le public et l'Administration, désormais codifiée aux articles L. 240-1 et s. de ce code.
[204] M. HAURIOU, note sous CE, 3 novembre 1922, *Dame Cachet*, Sirey, 1925, III, p. 9.

Ce n'est d'ailleurs pas un hasard si l'étude des régimes de disparition des actes administratifs permet de mieux comprendre la décision implicite, notamment dans ses tares.

Ce qu'il faut désormais retenir – depuis le 1er juin 2016 – est contenu dans le récent Code des relations entre le public et l'Administration. Même si ce dernier ne constitue pas une panacée[205] (ce qui est aisément entendu compte tenu de la difficulté de la matière), il a au moins le mérite de regrouper une bonne fois pour toutes les règles afférentes à ce régime, le rendant plus accessible au profane, ce qui, nous le verrons, est bien loin d'être le cas pour la décision implicite, dont le régime a également été codifié dans ce même code.

La principale évolution remarquable entrainée par cette codification réside dans l'abandon de la distinction entre décision explicite et décision implicite, qui fondait (pour partie en tout cas) le précédent régime de retrait et d'abrogation des actes administratifs. Cette assimilation semble témoigner d'une volonté d'unification des deux régimes de décisions (implicite et explicite). Pourtant, nous soutenons que cela ne saurait se faire de manière durable dans la mesure où ce rapprochement est purement artificiel. Si cela apparaît comme étant bienvenu dans un souci de rationalisation et de simplification du droit administratif, il reste que la distinction entre les deux types de décision continue d'exister et ne permet pas une telle assimilation de manière durable.

Ainsi, la jurisprudence régissant ce régime avant l'intervention de l'ordonnance précédemment citée dressait un tableau complexe où s'entremêlaient de nombreuses règles et exceptions[206] qui, à défaut d'être limpide, représentait de manière bien moins édulcorée la difficulté d'un tel régime, et ce faisant, l'incompatibilité évidente existant entre les décisions implicites et les décisions explicites, que l'ordonnance de 2015 n'a pas fait disparaître.

Pour ce qui nous intéresse ici, à savoir la décision implicite d'acceptation, l'article L. 242-1 dispose que dans l'hypothèse d'un acte créateur de droits légal, l'abrogation comme le retrait est impossible. L'article L. 242-4 vient tempérer cette impossibilité uniquement dans le cas où la demande émane du bénéficiaire.

Dans le cas d'un acte créateur de droits illégal, l'abrogation ou le retrait est possible dans un délai de quatre mois à compter de l'édiction de l'acte en question[207] (art. L. 242-1 CRPA) voire obligatoire si la demande est faite par le bénéficiaire. Au-delà de ce délai, la sortie

[205] Voir sur ce sujet ÉVEILLARD (G.), *La codification des règles de retrait et d'abrogation des actes administratifs unilatéraux*, AJDA, 2015, p. 2474 et SEILLER (B.), *La sortie de vigueur des actes administratifs*, RFDA, 2016, p. 58.

[206] Voir notamment : CE, 3 novembre 1922, *Dame Cachet*, S. 1925-III-9 ; CE, 6 mai 1966, *Ville de Bagneux*, Rec., p. 303 ; CE, 14 novembre 1969, *Ève*, *AJDA*, 1969, p. 684 ; CE, 1er juin 1973, *Époux Roulin*, p. 390 CE, 26 octobre 2001, *Ternon*, *AJDA*, 2001, p. 1037 ; CE, 6 mars 2009, *Coulibaly*, *RFDA*, 2009, p. 439 ; CE, 26 janvier 2007, *Kaefer Wanner*, *AJDA*, 2007, p. 537.

[207] Dans ce cas, le législateur reprend la solution donnée par l'arrêt *Coulibaly* (rendu le 6 mars 2009 par le Conseil d'État).

de vigueur d'un acte administratif créateur de droits illégal ne peut être acquise que sur la demande du bénéficiaire (art. L. 242-3 CRPA) ou « lorsque le recours contentieux à l'encontre d'une décision créatrice de droits est subordonné à l'exercice préalable d'un recours administratif et qu'un tel recours a été régulièrement présenté […] » (art. L. 242-5 CRPA). Dans ce dernier cas, le retrait ou l'abrogation de la décision reste possible jusqu'à l'expiration du délai imparti à l'administration pour se prononcer sur le recours administratif préalable obligatoire.

Le fait pour le pouvoir réglementaire d'avoir opté pour une assimilation des deux types de décisions implicite et explicite découle évidemment d'un souci de clarté et de compréhension de la norme ; il s'agit de simplifier le régime. Cette solution, pour louable qu'elle soit, ne traite cependant pas la source de cette complexité et ne fait que « lisser » les apparences. Cette complexité s'exacerbe encore davantage du fait que le législateur, dans la loi de novembre 2013[208], dissocie au contraire la notion de décision implicite. Il existe alors une contradiction se réalisant dans le fait de chercher à la fois à dissocier la notion d'implicite tout en unifiant son régime. Car en pratique, le fait de confondre décision explicite et décision implicite ne leur ôte pas pour autant leurs spécificités. Au contraire, d'un point de vue plus théorique cette fois, il serait même possible de dire que le fait de forcer cette cohésion exacerbe davantage leurs différences fondamentales.

Encore une fois, confondre ces deux décisions de nature différente leur octroie la même portée, ce qui ne devrait pas être le cas étant donné les conséquences différentes qu'elles entraînent. Lorsque l'Administration est dessaisie[209] par le juge dans le cas d'un recours contre une décision explicite illégale, la sanction existe bel et bien mais demeure logique car l'Administration a sciemment pris une décision ; cette dernière commet une erreur, le juge la sanctionne.

En revanche, dans le cas d'une décision implicite d'acceptation, même si les règles sont les mêmes que pour les décisions explicites, la sanction qui découle de ce dessaisissement est symboliquement plus forte. Dès lors qu'il s'agit d'une fiction juridique, l'Administration n'a pas pris de décision à proprement parler[210]. La sanction qui en résulte semble donc paradoxale.

[208] Loi n° 2013-1005 du 12 novembre 2013 habilitant le Gouvernement à simplifier les relations entre l'administration et les citoyens.
[209] Le dessaisissement intervient dans la mesure où, une fois que le délai de recours contentieux commence à courir, l'Administration ne peut plus revenir sur sa décision. Cette dernière ne lui appartient donc plus.
[210] AUBY (J.-M.) et DRAGO (R.), *Traité de contentieux administratif*, t. 3, 1962, 1274 et s., p. 196 : lorsque la décision explicite doit se prendre en suivant une procédure (notamment une consultation) mais que rien n'est fait et que naît une décision implicite, il ne devrait pas y avoir de décision à proprement parler.

On comprend assez bien donc les problèmes de légitimité que soulève la décision implicite, notamment d'acceptation. Par la force des choses, les conséquences entraînées par ce mécanisme sanctionnent – la plupart du temps – l'Administration d'une manière asymétrique puisqu'elle la « punit » pour des décisions fictives.
Tout le cœur du problème repose sur un élément difficile, voire impossible, à saisir de manière pragmatique : la volonté de l'Administration.
En effet, même si nous nous étendrons davantage sur ce sujet en seconde partie, nous pouvons d'ores et déjà relever que si le mécanisme de la décision implicite n'était au départ, comme nous l'avons vu, qu'une règle de procédure, il est désormais possible de se demander s'il n'est pas devenu un outil au bénéfice de l'Administration. La différence peut sembler anodine, purement lexicale, pourtant rien ne saurait être plus faux.

L'étude de la nature de sanction de la décision implicite illustre parfaitement ce propos, puisqu'elle permet de réaliser que si la décision implicite n'était toujours perçue que comme une simple règle de procédure, la sanction « morale » n'existerait alors pas. Dans cette hypothèse, la décision implicite n'est qu'une règle neutre, un « garde-fou » au bénéfice des administrés.

Mais si ce mécanisme est devenu un outil, utilisable par l'Administration – ce que nous défendons –, alors les décisions implicites deviennent de *véritables* décisions, sciemment prises, même sans existence matérielle. Dans ce cas, la sanction est légitime. Toutefois, il apparaît difficile de pouvoir démontrer cette volonté autrement que par la mise en place d'une nouvelle fiction, ce qui serait contreproductif avec les volontés de simplifications actuelles des gouvernants.

B. L'existence d'un décalage dans la perception de la sanction en pratique : la volonté du législateur

Ce qu'il est intéressant de constater, c'est que dans la pratique (entendre au sein de l'Administration), la sanction censée découler, selon la doctrine, de la décision implicite n'est pas perçue comme telle, qu'il s'agisse de décision de rejet ou d'acceptation.
Le fait est que la volonté affichée du législateur était à l'origine de rationaliser le fonctionnement de l'Administration, notamment (sinon uniquement) dans sa relation avec les administrés. À l'origine, de manière très concrète et pragmatique en permettant la liaison du contentieux, ensuite en cherchant à développer le système de sorte à le rendre utilisable également par l'Administration elle-même. C'est de là qu'est née la décision implicite en droit administratif français.

1) La vision nuancée de l'Administration sur le caractère de sanction de la décision implicite d'acceptation

Nécessairement, l'apparition de cette fiction juridique a porté un coup symbolique à la puissance de l'Administration et a pu être perçue, de l'extérieur, comme une mesure sanction. C'est justement cette puissance qui a conduit de nombreuses analyses à pencher du côté de la protection des administrés, comme si le fait pour le législateur d'avoir mis un terme à une pratique caractérisée par un déni d'administration avait constitué un jugement de valeur.

Certes, en remettant les faits dans leur contexte, il s'agissait d'une nouvelle brèche ouverte dans laquelle n'ont pas manqué de s'engouffrer de nombreux auteurs de doctrine juridique.

Toutefois, il est une réalité patente qui a pourtant semblé échapper à beaucoup : la naissance du système de décision implicite concerne autant les administrés que l'Administration, or, très peu d'analyses[211] s'attardent sur cette dernière et l'impact de ce mécanisme sur son organisation.

Il ressort de plusieurs entrevues avec différents administrateurs (d'administration centrale ou territoriale) que la problématique ne se pose pas de la même manière dans la pratique. La question du caractère de sanction se pose finalement assez peu, ou en tout cas en des termes bien différents. Le sentiment de devoir ou encore le sens de la responsabilité sont bien plus prégnants lorsqu'il s'agit de la décision implicite, a fortiori dans l'hypothèse de la décision implicite d'acceptation[212]. De ce point de vue, la relation Administration-administré est bien plus importante que la relation Administration-législateur ou juge administratif.

---

[211] Pour ne citer que quelques exemples : CASSIA (P.), *La décision implicite en droit français*, JCP A 2009, n° 27, p. 2156 ; CASSIA (P.), *Silence de l'Administration : le choc de « complexification »*, Recueil Dalloz 2015, p. 201 ; BRACONNIER (S.), *Le silence de l'Administration vaudra acceptation : Big bang ou trou noir juridique ?*, JCP 2013, n°51, p. 1324 ; BENEZRA (G.), *Le silence de l'Administration : les vicissitudes de la réglementation française*, La Revue administrative, 20e année, n° 119 (septembre octobre 1967), pp. 540-546 ; BENSAMOUN (A.), *Précisions sur la place du silence en droit*, Recueil Dalloz, 2006, p. 1025 ; CLAVERIE (B.), *Généralisation du principe silence vaut acceptation*, JCP A 2015, n°49, 2357 ; CLAVERIE (B.), *Décisions tacites des collectivités territoriales et de leurs établissements : un nouveau décret sur le silence*, JCP A 2016, n° 21, p. 3 ; DENOIX DE SAINT-MARC (R.), Le silence de l'Administration, in I.F.S.A., Droits et attentes des citoyens, la Documentation française, 1998, 149 p., spéc. p.123 à 129 ; DEROSIER (J.-Ph.), *La nouvelle règle « silence vaut acceptation » si rarement applicable*, JCP A 2014, n°45, 2305.

[212] Nous tirons ces conclusions de nos entrevues avec notamment M. Erwan L'HELGOUALCH, Directeur-adjoint de la Direction des Études et de La Vie Universitaire de Nantes et Mme Anne BOURLET, en charge d'accueillir la réforme issue de la loi de 2013 au sein des services juridiques de Nantes Métropole, M. Karim SAMJEE, Directeur des affaires juridiques au SRE et Mme Cécile VAN WUIJCKHUIJSE, chef de section du service des pensions et validations des retraites de l'État.

2) L'identification de la volonté du législateur

Un autre point qui retient notre attention est celui de la question, relativement simple en apparence, de la volonté du législateur : dans quel but et dans quel contexte a-t-il mis en place le système de la décision implicite ?
Nous aurions pu évidemment étudier cette question en premier lieu tant toute la réflexion précédente découle assez naturellement de cette dernière. Cependant, il semblait plus intéressant de poser les principaux éléments de réflexion préalablement à la recherche de la réponse à cette question afin de permettre d'obtenir le recul nécessaire.

La recherche d'une volonté n'est jamais chose aisée. Hormis les cas où elle est exprimée de manière expresse, il s'agit alors d'un exercice d'interprétation ou parfois – malheureusement – d'extrapolation d'indices. Néanmoins, avant 2013, nous pensons que l'évolution de la décision implicite témoigne de manière très claire de l'esprit du législateur pour chacune des étapes de transformation du silence.

Ici encore, les auteurs comme G. BENEZRA proposent des analyses[213] auxquelles nous avons du mal à adhérer. Hors le fait qu'il faille nécessairement remettre ces réflexions dans leur contexte – nous bénéficions aujourd'hui d'un recul bien plus important qu'à l'époque[214] –, il est un défaut dont le temps ne peut être seul responsable : celui de la subjectivité.

Il est également intéressant de considérer le point de vue développé par Laferrière selon lequel la décision implicite de rejet serait apparue pour contrer le « déni de justice »[215]. Si cela semble évident, il est néanmoins nécessaire de garder à l'esprit qu'au moment où est apparue la fiction juridique du silence, la théorie du ministre-juge est encore d'actualité. Ainsi, le silence de l'Administration maintenu sur la demande d'un administré constitue un double déni, d'administration et de justice, dans la mesure où il s'agit de la même entité qui administre et qui juge : le ministre.

Parmi les évolutions les plus marquantes de la décision implicite, il est possible de retenir la réforme du contentieux administratif instituée par le décret du 30 septembre 1953[216] pris en vertu de la loi n°53-611 du 11 juillet 1953 portant redressement économique et financier. Cette réforme introduit notamment, à l'égard du silence, un délai de deux mois pour effectuer un recours contentieux après l'acquisition de la décision implicite de rejet.

---

[213] BENEZRA (G.), *Le silence de l'Administration : Vicissitudes de la réglementation française*, La Revue administrative, 20ème année, n°119, septembre-octobre 1967, pp. 540-546.
[214] Rappeler l'évidence nous paraissait opportun.
[215] LAFERRIÈRE (E.), *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Paris, Berger-Levrault, 2ème éd., 1896, T. 2, p. 433.
[216] Décret n°53-934 du 30 septembre 1953 portant réforme du contentieux administratif.

La conclusion qu'en tire G. BENEZRA est la suivante : « *Le but de la décision implicite de rejet n'est plus de permettre à l'administré de saisir le juge et d'exercer le contrôle de l'Administration, mais de donner à celle-ci un nouveau privilège, celui du « silence », moyen d'inaction fondé seulement dans des cas exceptionnels, mais utilisé fréquemment* »[217]. Nous trouvons aujourd'hui plusieurs choses à y redire. En premier lieu, il nous paraît difficile de considérer la décision implicite de rejet comme un « privilège » de l'Administration étant donné l'utilisation qu'en fait cette dernière ; en ayant pour principe de répondre à toutes les demandes de manière explicite, l'Administration s'enferme dans un délai défini par la loi et les décrets qui n'existait pas avant la création de la décision implicite. Au lieu d'un privilège, la décision implicite ressemble davantage à un garde-fou. Le fait est que le législateur a effectivement fait évoluer le silence depuis sa création. Cependant ces évolutions ont toujours suivi un fil rouge cohérent – à l'exception sans doute de 2013.

Si le but du silence était (et est toujours, fondamentalement) de permettre la liaison du contentieux et ainsi le contrôle de l'action administrative par le juge, il apparaît que les évolutions successives n'ont en rien nuit à cet objectif mais ont, au contraire, contribué à en faire un mécanisme bien plus utilitaire. Voir dans ces changements un « privilège » nouveau au bénéfice de l'Administration signifie le refus d'admettre que cette dernière puisse faire évoluer son mode de fonctionnement, son mode d'action, ou *a contrario* affirmer que le mode de la décision implicite est une pathologie du droit administratif[218]. En suivant cette même logique, n'est-il pas possible de dire qu'à l'inverse, la loi de 1900 constituait un privilège au profit des administrés ? Serait-ce plus normal de considérer cela – une protection accrue des intérêts particuliers – quand notre modèle administratif est censé être fondé autour de l'intérêt général et de sa protection ? Notamment lorsque la conception française de l'intérêt général, à la différence de la conception anglo-saxonne, ne confond pas la somme des intérêts particuliers et l'intérêt général.

Que la réforme de 1953 marque un recul par rapport au libéralisme du législateur, et surtout du juge, de 1900, nous pouvons très certainement l'admettre dans les faits ; affirmer qu'il s'agit d'une régression dans la protection des intérêts des administrés, cependant, rien ne saurait être moins sûr. En témoignent les évolutions récentes du silence, sur lesquelles nous aurons amplement le temps et le loisir de revenir.

En second lieu, l'auteur parle de « moyen d'inaction ». Or comme nous l'avons déjà écrit, il est possible de considérer que le silence sciemment maintenu est synonyme d'action.

---

[217] BENEZRA (G.), *op. cit.*, p. 544.
[218] DEBBASCH (Ch.), *Les modes non formels d'expression de la volonté de l'administration*, La Revue administrative, 21ème année, n°125, septembre-octobre 1968, p. 555.

Même sans avoir à revenir sur la définition de l'action, il paraît plausible d'admettre que le fait de garder volontairement le silence constitue une action.

La véritable question réside dans le fait de s'interroger sur le point de vue : d'où se place-t-on pour affirmer que le silence constitue une action ou une inaction ? Juridiquement, si l'on considère que la décision expresse est la conséquence d'une action de la part de l'Administration, alors effectivement la décision implicite découle d'une inaction. Cependant, cela signifie également refuser d'admettre que la décision implicite puisse compter parmi les moyens d'action de l'Administration. Peut-être n'existe-t-il pas de réponse exacte et définitive à cette interrogation, nous prenons néanmoins le parti de dire que par le silence, l'Administration agit. Le fait de rester cantonné aux définitions littérales ne permet pas d'appréhender correctement le phénomène de la décision implicite.

Enfin, toujours selon l'auteur cité, le silence serait fréquemment utilisé, justifiant ainsi le statut de « privilège » de ce mécanisme. Pourtant, il semble opportun de se demander si la réforme de 1953 n'est pas légitime, justement pour éviter l'augmentation incontrôlée du nombre de contentieux ? Cette limitation est probablement l'un des objectifs recherchés par la loi étudiée, car il ne faut pas occulter le fait qu'il existe toujours entre la construction théorique et la réalité de la pratique, un écart parfois irréductible. La logique de cette démonstration tient dans un syllogisme plutôt simple : si le silence vaut décision, alors toutes les situations pour lesquelles aucune décision ne naissait auparavant donnent désormais lieu à des décisions implicites, venant donc s'ajouter aux décisions expresses. Il en résulte évidemment une augmentation du nombre de décisions et donc de contentieux possible, ce que l'auteur ne relève pas.

Cette réforme témoigne pourtant de la poursuite de deux objectifs : d'une part, cette loi respecte l'objectif de protection de l'intérêt général, notamment par le fait qu'en limitant la période pendant laquelle court le risque contentieux, elle répond à l'exigence de sécurité juridique ; il serait assez largement discutable de continuer de permettre au délai contentieux de courir indéfiniment alors que le nombre de contentieux administratifs concernant des décisions implicites augmente. Le risque pour les tiers serait, dans cette hypothèse, bien trop grand. D'autre part, cette réforme de 1953 témoigne de manière assez éloquente de la volonté du législateur de faire évoluer le mécanisme qu'il a lui-même créé quelques années plus tôt. L'Administration évolue et la décision implicite apparaît clairement comme l'un des vecteurs de ces transformations. Ce faisant, le législateur semble en prendre conscience et voit dans la juridicisation du silence administratif une nouvelle manière d'aborder la prise de décision pour l'Administration.

Plutôt donc que de voir le mécanisme de la décision implicite, a fortiori de rejet, comme une arme contre l'inertie, nous sommes plutôt favorable à une approche bien plus pragmatique. Si le silence a initialement été prévu comme une simple règle de procédure permettant de lier

le contentieux, du fait de l'existence de la règle de la décision préalable, il a très vite été intégré par l'Administration et le juge administratif comme un nouvel outil de l'action administrative. Le législateur a pris acte de cette réalité en faisant évoluer le cadre législatif de la décision implicite afin de rationaliser toujours plus le recours à ce type de décision, tout en conservant à l'esprit la protection de l'intérêt général ainsi que, dans une certaine mesure, les intérêts particuliers des administrés.

Lorsque l'on analyse cette évolution, il ne faut pas se focaliser uniquement sur un point spécifique tel que la situation des administrés car cela fausse automatiquement les résultats. Il est nécessaire d'adopter un point de vue plus large. Contrairement à ce que soutiennent de nombreux auteurs de doctrine juridique contemporains à propos de la création de ce mécanisme de la décision implicite, ce n'est pas tant la protection des droits des administrés qui motive et justifie cette création que le comblement d'un vide juridique ayant pour conséquence cette protection.

Nous serions même tentés de penser que ce mécanisme de la décision implicite est le fruit – à l'origine du moins – d'un faux esprit libéral[219]. D'où notre réticence à considérer la décision implicite comme une mesure ayant été pensée avec la volonté de protéger les administrés comme seule et unique motivation. Il est d'ailleurs intéressant de conserver à l'esprit que le souci de protection des administrés dans leur relation avec l'Administration n'est apparu que tardivement, ce qui semble conforter notre point de vue.

[219] Comme l'écrit G. LIET-VEAUX dans son article (*Évolution aberrante de la procédure du silence*, La Revue administrative, 17ème année, n° 99, mai-juin 1964, pp. 253-260), depuis 1860 « *des publicistes tels que Vivien ou Aucoc recommandaient une Administration irréprochable* » de sorte que « *tout grief contre un administrateur [était] présenté comme un sujet de mécontentement susceptible de se retourner contre le gouvernement* ». Il écrit encore : « *c'était en un temps d'autoritarisme, la fameuse soupape de sûreté du régime* ».
À l'origine de la fiction juridique du silence de l'Administration se trouve donc d'abord et avant tout une crainte, une manière de canaliser les passions et non pas une volonté de donner plus d'importance aux intérêts des administrés.

Conclusion de chapitre

Ce premier chapitre a été l'occasion de revenir sur certaines conceptions erronées à propos de la décision implicite afin d'en donner une vision la plus globale et objective possible. Beaucoup des éléments étudiés dans ce chapitre sont issus d'analyses relativement anciennes, datant pour la plupart de la création de la décision implicite ou de ses premières évolutions. On constate par ce biais que la doctrine juridique s'est finalement assez peu intéressée à ce sujet, ou alors très ponctuellement et selon des perspectives souvent trop subjectives, éminemment marquées par un contexte politique particulier. Or, il semble que l'un des intérêts d'un tel sujet d'étude réside précisément dans l'observation de son évolution dans le temps.

De ce fait, il est possible de constater que beaucoup de préjugés tels que la nature de la loi initiale créant la décision implicite (et surtout de celle la généralisant) et la notion de sanction, étudiées dans ce premier chapitre, n'ont toutefois pas fait l'objet de beaucoup d'analyses. L'une des raisons de cet apparent manque d'intérêt découle notamment de la vision que la doctrine a de la décision implicite. Nous aurons davantage l'occasion de revenir sur le sujet concernant la réforme de 2013, mais nous pouvons d'ores et déjà dire que la plupart des commentateurs de l'actualité juridique tendent à se focaliser sur certains aspects, ce qui a pour conséquence d'éclipser une importante partie du tableau de la décision implicite. À lire la doctrine ancienne comme contemporaine, et à l'exception de rares auteurs[220], il semble que la décision implicite ne comporte qu'un intérêt purement procédural.

Loin d'être faux, ce raisonnement n'en est pas moins bancal. Ainsi que nous avons déjà commencé à l'esquisser, la décision implicite et les modifications qu'elle a pu subir au cours des années, emporte des conséquences juridiques, théoriques aussi bien que pratiques.

[220] Notamment DESPRAIRIES (A.), *La décision implicite d'acceptation en droit administratif français*, thèse Paris I, 2019, dact., 599 p.

Chapitre 2. Une transition juridique floue d'*un* silence à *des* silences

Comme nous avons commencé à le suggérer dans le chapitre précédent, l'étude de la décision implicite peut (et même doit) être séparée entre le silence-rejet et le silence-acceptation. Les deux cas, quoique partageant la même origine, n'ont pas évolué de la même manière jusqu'à devenir indépendante l'une de l'autre, en tout cas d'un point de vue juridique. Ce second chapitre sera donc l'occasion de démontrer ces différences fondamentales, justifiant une étude séparée des deux types de décision implicite pouvant résulter du silence de l'Administration (**Section 1**) mais également de présenter les faiblesses conceptuelles ainsi que pratiques de la décision implicite (**Section 2**).

Section 1. La nécessité de distinguer fondamentalement le silence-rejet du silence-acceptation

D'une « simple » règle de procédure visant à permettre la liaison du contentieux, comblant ainsi un vide juridique, la règle du silence-rejet voit sa logique court-circuitée par l'apparition des hypothèses de silence-acceptation dont le but, voulu ou non, est d'aller au-delà de la simple liaison du contentieux. Cela pose problème dans la mesure où les deux sens juridiques du silence cohabitent tout en étant basés sur des logiques différentes. Pour mieux les comprendre, il est donc nécessaire de revenir sur leurs origines respectives afin de démontrer que dès leur création, les deux hypothèses de silence de l'Administration étaient fondamentalement différentes (**§1**), avant de considérer d'autres facteurs de distinction, notamment sur la manière de concevoir le silence-rejet et le silence-acceptation d'un point de vue théorique (**§2**) mais également sur les influences réciproques de l'un sur l'autre, amenant à les appréhender différemment dans la théorie comme dans la pratique (**§3**).

§1. Des origines différentes

Le mécanisme de la décision implicite est aujourd'hui bien connu dans notre droit, même si sa mise en œuvre peut encore demeurer problématique, mais lorsque l'on cherche à s'intéresser à leurs origines ainsi qu'à ce qui fonde la distinction entre les deux sens du silence, force est de constater la difficulté de l'entreprise. La distinction entre décision implicite de rejet de d'acceptation est longtemps demeurée nimbée d'incertitude (**A**), et l'est toujours aujourd'hui malgré les éclaircissements relatifs apportés par les réformes plus récentes (**B**).

A. Une distinction fondée sur des critères incertains

Lorsque l'on se penche sur l'origine de la décision implicite en droit public, l'une des premières questions que l'on peut légitimement se poser concerne son sens initial : lequel du rejet ou de l'acceptation est apparu en premier ?

Sans perdre de temps en conjectures, relevons que la première occurrence d'un sens (contentieux) donné au silence de l'Administration remonte au décret du 11 novembre 1864[221], octroyant un sens négatif à ce dernier. Il demeure néanmoins possible de relever que dans son article, G. BENEZRA cite plusieurs exemples de cas antérieurs à cette date pour lesquels le silence maintenu par l'Administration était assimilé à une acceptation[222]. Cependant, il nous a été difficile d'accéder aux deux références données par l'auteur qui se trouvent être erronées soit dans leur date[223], soit dans l'exactitude de leur référence (la loi citée par l'auteur comme étant en date du 26 mars 1852 est en réalité un décret). Cela dit, l'occurrence la plus ancienne à un cas assimilé à une décision implicite d'acceptation que nous ayons pu trouver remonte effectivement à ce décret du 26 mars 1852[224].

L'apparition différée des deux hypothèses de silence a-t-elle donc une influence sur leurs natures respectives ? En d'autres termes, parce qu'il s'agit de deux sens différents donnés à un phénomène unique signifie-t-il nécessairement qu'ils doivent être rapprochés l'un de l'autre, voire confondus dans leur étude ? Répondre par la négative à cette seconde interrogation (et donc par l'affirmative à la première) semble être la posture la plus adéquate ici.

Comme cela a en effet été effleuré dans le chapitre précédent, le fait que la fiction du silence ait été bâtie sur le rejet met en exergue plusieurs points sur lesquels il est possible de fonder la

---

[221] Ce décret est le fruit d'une approche très libérale de la justice administrative visant à donner aux administrés un moyen de se battre contre le déni d'administration. Il découle lui-même d'une communication prononcée par le Commissaire du Gouvernement Robert à l'Académie des Beaux-Arts le 21 juillet 1864, qui prônait non seulement l'importance de la procédure de la décision implicite (de rejet) mais également la dispense du ministère d'avocat devant le Conseil d'État.

[222] Si cela peut paraître curieux étant donné que la décision implicite semble avoir vu le jour avec le décret de 1864 en droit administratif français, il faut conserver à l'esprit que celui-ci se contente de poser les bases d'un silence-rejet, donc un silence « contentieux », par opposition aux cas antérieurs de silence-acceptation, non-contentieux par essence (il s'agit moins de permettre la liaison du contentieux que de faciliter les démarches administratives).

[223] Nous n'avons pu vérifier l'exemple tiré de la *loi du 8 avril 1852* sur le régime des eaux car aucune loi à cette date ne comprend de dispositions relatives à une éventuelle décision implicite d'acceptation ou de cas assimilés et la première référence explicite à un cas de décision implicite d'acceptation que nous avons pu trouver remonte à une loi sur le régime des eaux répertoriée après la fin de l'Ancien Régime date du *8 avril 1898* (sur ce point, voir : F. GOLIARD, *Les cours d'eau : entre droit de propriété et droits d'usage. L'exemple français*, Les Cahiers de droit, Volume 51, Numéro 3–4, septembre - décembre, 2010, p. 637–658).

[224] Art. 4 du décret du 26 mars 1852 relatif aux rues de Paris : « *Vingt jours après le dépôt de [ces] plans et coupes au secrétariat de la préfecture de la Seine, le constructeur pourra commencer les travaux d'après son plan, s'il ne lui a été notifié aucune injonction* ». Voir DUVERGIER (J.-B.), *Collection complète des lois, décrets, ordonnances, règlements, et avis du Conseil d'État 1824-1949*, t. 52, Paris 1852, p. 282-283.

distinction fondamentale entre les deux concepts, séparés par bien plus que le sens qui leur est attribué.

Il nous semble pertinent d'affirmer que l'apparition différée des deux sens pouvant être donnés au silence de l'Administration démontre à tout le moins que leur objectif n'est pas le même. Autrement, pourquoi ne pas envisager l'exception dès 1864 ? Encore, pourquoi envisager une exception au sens négatif du silence, si les deux servent le même but ?
Un élément de réponse à cette interrogation peut être trouvé dans la réflexion de G. LIET-VEAUX. Selon l'auteur, en matière d'administration active, le silence devrait revêtir un sens toujours positif sans quoi « *les autorités chargées de l'administration de la commune seraient réduites au rang de simples organes d'instruction ou de consultation* »[225]. Dans les domaines de la décentralisation et de la police administrative, il s'agit de la technique habituelle selon le même auteur.
Avant de revenir sur l'actualité de cette habitude, il est nécessaire de relever un premier point de distinction entre les deux sens donnés au silence de l'Administration.

Depuis le décret de 1864 jusqu'à celui du 11 janvier 1965[226], le principe du silence-rejet ne concernait que la matière contentieuse, comme en témoigne la loi du 17 juillet 1900, qui délimitait justement l'application de ce principe aux « *affaires contentieuses* ». L'expression a ensuite été abandonnée par les textes suivants, ce qui n'a pas empêché le champ d'application de demeurer le même. Néanmoins, des exceptions à ce principe se sont développées au fur et à mesure, avec comme point commun – comme le souligne G. LIET-VEAUX – d'être attachées à la matière non contentieuse, autrement dit, au domaine de l'administration active. Toujours selon le même auteur, « *dès qu'il s'agit de l'exercice direct ou indirect d'une liberté, le silence doit, en démocratie, être assimilé à une […] solution positive* »[227]. Cela peut sembler assez anodin dans un premier temps mais il n'en est rien dans la mesure où cela nous permet d'associer avec cohérence un sens du silence à chacune des matières contentieuse et non contentieuse. Cette séparation entre principe et exception permet finalement de constater que le silence-acceptation est apparu en réaction au silence-rejet, et non pas l'inverse.

De ce point de vue donc, les deux sens du silence sont effectivement différents et ne visent pas les mêmes objectifs. Le silence-rejet, règle de procédure contentieuse, existe uni-

[225] LIET-VEAUX (G.), *Jurisprudence : évolution aberrante de la procédure du silence*, La Revue administrative, 17ème année, n° 99 (mai-juin 1964), pp. 253-260, spéc. p. 252.
[226] Nous laissons volontairement les lois du 12 avril 2000 et du 12 novembre 2013 en dehors de cette analyse car elles ont apporté – a fortiori la dernière – des évolutions non négligeables dans le texte comme dans la pratique.
[227] LIET-VEAUX (G.), *op. cit.*, p. 254.

quement pour lier le contentieux tandis que le silence-acceptation semble être apparu en réaction au premier sens évoqué, par souci de symétrie entre la matière contentieuse et non contentieuse. Il faut entendre par là qu'une fois le sens négatif octroyé au silence de l'Administration généralisé à toutes les juridictions administratives, il fallait encore tenir compte du pendant non contentieux. Il apparaît difficilement justifiable d'admettre que l'on puisse donner un sens juridique au silence de l'Administration, sans étendre celui-ci à toutes les dimensions qu'elle recouvre, y compris donc sa dimension active. Cependant, les matières étant différentes, les conséquences le sont également, ce qui justifie que le sens du silence ne soit pas le même, mais surtout que les motivations sous-jacentes de cette distinction ne soient pas en adéquation.
Cette démonstration tend à confirmer l'idée selon laquelle les deux sens du silence sont fondés sur des idéologies divergentes.

Toutefois, plusieurs éléments viennent remettre en question l'ordonnancement précédemment étudié. Un premier facteur concerne l'évolution de cette distinction. G. LIET-VEAUX relève déjà lui-même dans son article[228] que la tendance s'inverse. Il s'appuie en particulier sur les articles 3 et 4 du décret n° 59-898 du 28 juillet 1959 relatif à la législation des lotissements, « *l'un des plus beaux exemples de cette déviation* ». Dans ce cas d'espèce, dans le cas d'un silence conservé pendant quatre mois par le préfet sur une demande d'autorisation de lotissement, la décision vaut refus et non plus acceptation. Si l'on se réfère à la logique d'ordonnancement précédemment décrite, le Gouvernement applique dès lors la règle du silence au sens contentieux aux procédures non contentieuses. Cette tendance à la généralisation du sens contentieux du silence va se confirmer avec les lois du 12 avril 2000 et, a fortiori, du 12 novembre 2013.

Dans l'exemple relatif au décret du 28 juillet 1959, le problème soulevé par cette évolution concerne davantage sa justification – bancale – que les changements qu'elle apporte. Le fait que ce phénomène ait ensuite été entériné par les lois citées précédemment est encore plus regrettable pour la cohérence générale du fonctionnement de la décision implicite.
En l'espèce, une réponse ministérielle était intervenue quelques années après la promulgation du décret en question afin d'apporter des éclaircissements sur les raisons de ce revirement, « *s'écartant aussi manifestement des principes traditionnels du droit français* »[229]. Les arguments fondant cette réponse peinaient déjà à convaincre en leur temps, et le recul ne les a pas rendus plus convaincants.

Le ministre de la construction de l'époque, Jacques MAZIOL, expliquait d'abord que la solution du silence-rejet protégeait les droits de l'administré en lui permettant de pouvoir saisir la juridiction compétente en cas de carence de la part du préfet. Comme le relève G. LIET-

[228] LIET-VEAUX (G.), *op. cit.*, p. 254.
[229] Question n° 7365, J.O. Ass. Nat., 28 mars 1964, p. 565.

VEAUX, cette entame de justification laisse perplexe dans la mesure où l'hypothèse du silence-acceptation permet de garantir les droits de l'administré tout autant, sinon mieux. En effet, affirmer que l'assimilation du silence à un refus octroie plus de garanties à l'administré, c'est admettre que l'on se situe dans une logique contentieuse. Or, la procédure de demande d'autorisation de lotissement se rattache bel et bien au domaine de l'administration active. Pour le requérant, le fait de se voir opposer un refus plutôt qu'une acceptation lors du silence du préfet sur une demande d'autorisation de lotissement revient à lui faire prendre le risque de devoir se rendre devant le juge, risque qui n'existait pas préalablement à l'entrée en vigueur de ce décret. Il est également possible de se demander si cela ne revient pas également à remettre en cause la fiabilité de l'Administration ; modifier le sens que l'on donne à une décision implicite d'autorisation de lotissement pour passer de l'acceptation au rejet semble signifier que le pouvoir exécutif préfère se fier au contrôle a posteriori du juge plutôt qu'à l'Administration dans sa prise de décision initiale. D'autant plus que dans ce cas précis, la compétence de cette dernière est liée.

La critique par G. LIET-VEAUX de la comparaison effectuée ensuite entre la procédure d'autorisation de lotissement et celle du permis de construire est aujourd'hui obsolète dans la mesure où depuis une ordonnance de 2005[230], le silence conservé par l'autorité compétente sur une demande de délivrance de permis de construire au-delà des délais d'instruction (pouvant varier entre un et trois mois) vaut permis tacite[231]. Néanmoins, avant le décret n° 73-1022 du 8 novembre 1973[232] portant codification des textes réglementaires concernant l'urbanisme, la procédure différait dans la mesure où l'article 87 du Code de l'urbanisme et de l'habitation[233] prévoyait qu'à défaut d'une réponse du maire à l'issue des délais prévus, il était possible pour le demandeur de saisir le préfet, ouvrant ainsi un nouveau délai à l'expiration duquel, et en l'absence de réponse de ce dernier, le permis de construire était réputé tacitement acquis.

Toutefois, malgré l'obsolescence de la critique – sa cause ayant disparu –, il reste que celle-ci demeurait fondée au moment de sa formulation, de sorte que les raccourcis confus du ministre de la construction témoignent de la légèreté de la réflexion sous-tendant le phénomène de l'application de règles de procédures contentieuses à des matières concernant normalement l'administration active.

[230] Ordonnance n° 2005-1527 du 8 décembre 2005 - art. 15 JORF 9 décembre 2005 en vigueur le 1er octobre 2007.
[231] Voir : art. L.424-2 du Code de l'urbanisme.
[232] Voir : JORF du 13 novembre 1973.
[233] Issu du décret n° 54-766 du 26 juillet 1954 portant codification des textes législatifs concernant l'urbanisme et l'habitation.

B. Des éclaircissements relatifs apportés par la loi du 12 avril 2000

Les évolutions postérieures ne font que confirmer la remise en question de l'existence d'une telle logique de répartition des hypothèses de silence. Ce n'est pas tant par son article 21, reprenant le principe du silence-rejet, que la loi du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations innove[234], que par son article 22. Ce dernier prévoit de manière expresse l'exception au silence-rejet, en laissant le soin aux décrets en Conseil d'État de les mettre en place.

Cette nouveauté intéresse à plusieurs titres. D'abord, le fait d'octroyer une existence textuelle (dans un texte de valeur législative qui plus est) à l'exception permet d'en faire le véritable pendant du principe. Jusqu'alors, même si des exceptions existaient, elles n'avaient cependant pas de fondement unanime. Entériner cette exception dans un texte de loi lui donne une nouvelle dimension et permet en quelque sorte de venir compléter le principe.

Ensuite – et c'est ici ce qui retient en particulier notre attention – cette évolution court-circuite la répartition des hypothèses de silence-rejet et d'acceptation selon qu'il s'agit du domaine contentieux ou de celui de l'administration active. La rédaction de l'article 22 reprend – dans son premier alinéa tout du moins – l'esprit de celui qui le précède, ce qui signifie que le législateur ne distingue pas le principe et l'exception comme s'attachant à des matières différentes. En d'autres termes, le principe du silence-rejet au même titre que l'exception qui le complète sont tous les deux entendus au sens contentieux du terme[235], rendant ainsi obsolète la vision consistant à dire que les occurrences de silence-acceptation se cantonnent uniquement à la matière non contentieuse.

Enfin, l'article 22 de la loi du 12 avril 2000 restreint dans son dernier alinéa le champ d'application de cette exception, les décrets instituant des exceptions au silence-rejet ne pouvant pas intervenir lorsque « *les engagements internationaux de la France, l'ordre public, la protection des libertés ou la sauvegarde des autres principes de valeur constitutionnelle s'y opposent* ». Il est également possible de constater qu'aucun régime d'autorisation implicite ne peut être mis en place lorsque la demande présente un caractère financier[236].

Deux constats s'imposent alors. En premier lieu, le législateur paraît séparer les critères susceptibles de s'opposer à l'établissement d'une exception au principe du silence-rejet du critère tenant compte du caractère financier ou non de la demande. Cela semble témoigner d'une

[234] Le caractère innovant ne tient pas compte de l'évolution des délais à l'expiration desquels le silence maintenu par l'autorité administrative vaut rejet. Nous ne l'avons pas mentionné, car ce changement n'intéresse pas la présente réflexion, néanmoins il convient de préciser que le passage d'un délai de quatre mois à celui de deux mois s'est effectué avec le décret n°53-934 du 30 septembre 1953.
Les répercussions de ce changement seront étudiées plus loin.

[235] Suivant la distinction effectuée par G. LIET-VEAUX dans son article *Jurisprudence : évolution aberrante de la procédure du silence*, La Revue administrative, 17ème année, n° 99 (mai-juin 1964), pp. 253-260.

[236] Sauf en ce qui concerne la sécurité sociale.

hiérarchie entre les critères d'exclusion : les premiers laissent une marge de manœuvre au Gouvernement dans la mesure où il est nécessaire que ces derniers s'opposent explicitement à la création d'un régime d'autorisation implicite dérogatoire, là où le caractère financier de la demande est rédhibitoire et ne laisse aucune possibilité. Pour illustrer la marge de manœuvre qu'autorisent les critères d'exclusion d'un régime dérogatoire au principe du silence-rejet autres que le caractère financier de la demande, l'exemple[237] tiré de l'article de G. LIET-VEAUX parle de lui-même ; l'un des arguments utilisés par le ministre de la construction de l'époque pour justifier l'assimilation du silence du préfet sur une demande d'autorisation de lotissement à un rejet plutôt qu'à une acceptation[238] fut justement de considérer (de manière relativement arbitraire au demeurant) que l'acte de lotir ne se rapportait pas à celui de bâtir, et de ce fait n'était pas protégé par le droit de propriété. Autrement dit, puisqu'il ne s'agit pas d'une liberté fondamentale, rien ne s'oppose à ce que le décret mette en place un régime de rejet tacite. L'interprétation de ces critères d'exclusion reste donc potentiellement plus large que celle de la nature financière ou non de la demande.

En second lieu (même s'il s'agit en réalité de la conséquence du précédent constat), cette hiérarchisation des critères conduit en réalité à une subdivision de l'exception elle-même. Le principe reste toujours le silence-rejet mais l'exception, elle, comporte deux niveaux, dont un noyau indivisible : le caractère financier de la demande, qui ne pourra jamais entraîner autre chose qu'un régime de rejet tacite.

En outre, déjà avant cette généralisation, le silence-acceptation en matière d'administration active ne constituait pas une norme absolue. Dans le cas d'une demande de remise gracieuse d'une majoration fiscale, le silence valait déjà rejet. Il était dès lors possible de s'interroger sur la viabilité d'une telle théorie sur la répartition des sens du silence en fonction de la nature de la matière, contentieuse ou non. En effet, l'exemple de la demande de remise gracieuse ne peut décemment pas être considéré comme une quantité négligeable au sein des requêtes non contentieuses[239] et pourtant, le silence-rejet en a toujours été le principe. Il faudrait donc rechercher une autre justification à cette répartition.

Cette justification, nous pouvons en trouver des pistes dans les évolutions législatives de la décision implicite évoquées précédemment, notamment dans le caractère financier ou non de la demande. Lorsque l'on prend le recul nécessaire, il est possible de s'apercevoir qu'il s'agit

[237] Concernant l'évolution de la législation des lotissements.
[238] Rappelons à toutes fins utiles qu'étant une prérogative de l'administration active, donc se rapportant à la matière non contentieuse, l'autorisation de lotissement, au même titre que la délivrance du permis de construire, devrait en toute logique être soumise à un régime d'autorisation tacite.
[239] En 2019, sur un total de 3 719 897 demandes reçues par l'administration fiscale, 670 831correspondent à des demandes gracieuses (source : Rapport d'activité du centre des finances publiques, Cahier statistiques).

aujourd'hui comme hier du seul critère réellement déterminant dans la répartition entre le principe et l'exception. Il est celui sur lequel repose le principe du silence-rejet et aussi la limite absolue de l'exception à ce même principe. Par l'existence de ce critère, le silence-acceptation ne pourra jamais devenir le principe.

En conclusion de ce développement, deux points doivent être relevés concernant les deux sens du silence de l'Administration, leur origine et leur corrélation. En premier lieu, l'idée selon laquelle les deux sens sont le pendant l'un de l'autre résulte, comme nous avons pu le voir, d'une confusion législative. Le sens positif attribué au silence de l'Administration n'est apparu qu'en réaction à l'apparition du silence-rejet, alors considéré comme le principe. Initialement, la nature contentieuse du domaine administratif concerné tenait lieu de justification pour l'application de la règle du silence-rejet (règle éminemment contentieuse comme nous avons pu le souligner à plusieurs reprises), alors que la nature non contentieuse justifiait quant à elle l'application d'un silence positif. Ici encore, le raisonnement ne paraît pas choquant dans la mesure où la règle de la décision implicite est censée être une règle de procédure permettant la liaison du contentieux. Cela signifie donc que dans un contexte non contentieux, où il n'y a rien à lier, donner un sens au silence est vain. Pourtant, ces deux sens – contentieux et non contentieux – pouvant être attribués au silence se sont trouvés fusionnés dans un souci de cohérence et de lisibilité de la loi, le sens contentieux du silence se trouvant ainsi étendu au silence-acceptation alors même que ce dernier n'a pas été conçu dans ce but. De ce fait, la répartition entre principe et exception des différentes hypothèses de silence semble se faire de manière très arbitraire et bancale, les conséquences qu'elles entraînent étant loin d'avoir le même impact, ne serait-ce que sur l'ordonnancement juridique.

En second lieu, un fait étrange peut être aussi relevé dans le fait que quand bien même l'exception est apparue – logiquement – plus tard que le principe, il aura fallu attendre sa consécration textuelle dans la loi du 12 avril 2000 et les critères qu'elle a mis au jour avant de pouvoir jouir d'un véritable « statut » d'exception. Avant, les deux sens du silence cohabitaient sans réelle cohérence juridique dans la mesure où même si la loi l'affirmait et que les hypothèses de silence-rejet étaient bien plus nombreuses que celles de silence-acceptation, la relation de principe/exception ne pouvait réellement exister dans la mesure où leurs champs d'application respectifs ne se trouvaient pas clairement délimités.

A fortiori, et comme il a déjà été relevé, le critère attaché au caractère financier d'une demande est aujourd'hui devenu le véritable point de distinction entre les deux hypothèses de silence. Autrement dit, le législateur n'a pas seulement regroupé ensemble les deux sens du

silence, il a également pris le soin de déterminer un « nouveau »[240] critère permettant d'enfermer le principe et l'exception dans un champ d'application irréductible.

§2. L'opposition entre le silence-rejet comme outil de cadrage de l'Administration par le juge administratif et le silence-acceptation comme outil d'autonomisation

Une autre façon de concevoir l'opposition conceptuelle entre le silence-acceptation et le silence-rejet peut apparaître lorsque l'on prend en considération le degré d'autonomie qu'octroie chacune de ces deux hypothèses à l'Administration dans son action.
Concrètement, il s'agit de concevoir d'un côté que le silence assimilé à une décision de rejet puisse être perçu comme un moyen pour le juge administratif d'avoir un droit de regard sur l'action de l'Administration[241] (**A**), et d'un autre côté, que son pendant positif confère à l'inverse une autonomie totale à cette dernière (**B**). Le fait que ces deux hypothèses de silence de l'Administration puissent donner lieu à différentes interprétations de la délimitation de son autonomie ajoute une donnée supplémentaire non négligeable à la question de la manière dont il doit être appréhendé en tant qu'objet d'étude.

A. Le silence-rejet : un outil de cadrage de l'Administration par le juge administratif

Comme R. GOUTTENOIRE le soulignait déjà en 1932 : « L'administration a une fonction à remplir, et si elle ne reconnaît pas – ou ne connaît pas – ce qu'elle doit faire, les juridictions le lui doivent indiquer »[242]. De ce fait, l'assimilation du silence de l'Administration a un rejet permet à l'administré directement concerné – contrairement au silence-acceptation – de se pourvoir devant le juge administratif et à ce dernier de contrôler/d'orienter l'action de l'Administration. C'est en ce sens que le silence-rejet peut être conçu comme une forme de « tutelle » indirecte du juge administratif (au sens de tutelle administrative, et non pas au sens civiliste du terme). Ce nouvel aspect du silence-rejet s'inscrit dans une façon de concevoir le silence similaire à celle qui a fait naître le principe même de la décision implicite.

Qu'il s'agisse de permettre la liaison du contentieux ou que l'on considère qu'elle puisse être un outil tutélaire – dont l'objectif serait de borner l'action administrative –, l'objectif de la décision implicite de rejet reste d'empêcher le déni d'administration. Les deux aspects se rapportent donc à une vision plutôt conservatrice, dans le sens de la protection de l'intérêt

[240] Il nous faudra revenir sur ce critère de distinction plus loin dans la réflexion afin de démontrer qu'il s'agissait en réalité depuis longtemps du véritable point d'équilibre entre les deux hypothèses de silence.
[241] GOUTTENOIRE (R.), *Le silence de l'Administration*, Paris, P. Bossuet, 1932, 254 p.
[242] *Ibid.*, p. 3.

général au détriment parfois – nous avons pu le voir – de l'autonomie de l'Administration dans sa prise de décision.

Néanmoins, dans la mesure où le silence maintenu par l'Administration n'est pas automatiquement volontaire, cette réduction d'autonomie peut se trouver légitimée par le fait que – comme l'a écrit R. GOUTTENOIRE – les autorités administratives concernées peuvent ne pas connaître ce qu'elles sont censées faire en certaines circonstances ponctuelles. C'est dans cette hypothèse que le contrôle du juge administratif par l'usage du silence prend tout son sens ; mieux vaut parfois admettre son ignorance et s'en remettre au juge plutôt que de refuser des droits légitimes à l'auteur de la requête. S'il ne s'agit pas du but initial de la création de la fiction juridique du silence, cela autorise néanmoins l'Administration dans les faits à ne pas savoir. Le silence peut être de ce point de vue un outil de support.

Il est toutefois possible de se demander où réside la différence entre ce pouvoir de cadrage du juge administratif sur l'action de l'Administration, par l'action du silence-rejet, et la relation normale existant entre les deux du fait du contrôle obligatoire de l'action administrative par le juge administratif ; dans les deux cas, le juge administratif ne fait que remplir sa mission. La nuance réside à notre sens précisément dans le fait qu'avant la création du mécanisme de la décision implicite, l'Administration qui « *ne savait pas* » n'avait pas d'autre choix que de répondre, prenant donc sans doute à certaines occasions le risque de volontairement mal répondre plutôt que de se rendre coupable de déni d'administration. Avec l'arrivée de ce nouveau système juridique, celle-ci obtient donc également la possibilité (théorique du moins) de s'en remettre au juge en cas d'ignorance, en laissant simplement s'écouler le délai prévu par la loi.

Cependant, nous ne nous en cachons pas, la difficulté derrière ce raisonnement repose sur le fait que celui-ci est dépendant d'une intention donnée à l'Administration. En effet, qui peut prétendre dire avec certitude que l'Administration s'est volontairement abstenue de répondre à une demande ou non ? Toutefois, l'hypothèse de l'ignorance de l'Administration sur la réponse à apporter à une demande étant une possibilité, il semble nécessaire de l'évoquer. Nous verrons dans la seconde section[243] que la détermination de cette volonté est parfois nécessaire mais jamais une science exacte, et que cette recherche emporte des conséquences souvent insatisfaisantes.

Il reste que certains faits sont objectivement vérifiables : avant la loi de 1900, l'Administration n'avait pas le luxe du choix – légalement parlant en tout cas – entre répondre et ne pas répondre ; quoiqu'une absence de réponse ne lui était effectivement pas répréhensible dans la mesure où le juge administratif ne pouvait pas être saisi, le fait est qu'elle ne disposait pas

[243] Voir *infra*, p. 88 et s.

du choix légal de ne pas répondre. C'est principalement (sinon exclusivement) en cela que le principe du silence-rejet peut être assimilé à un pouvoir de contrôle ou de contrainte du juge administratif sur l'Administration. C'est l'existence d'un choix légal qui permet cette forme de contrôle du juge le cas échéant.

La doctrine juridique a tellement eu tendance à percevoir la décision implicite de rejet uniquement comme un moyen de contrainte de l'Administration que les opinions tendaient et tendent toujours à envisager l'absence de réponse de cette dernière – a fortiori avant la loi de 1900 – comme un signe patent de mauvaise foi. À notre sens, s'il existe une faute, elle est davantage celle d'un système juridique défaillant que celle d'un quelconque comportement de l'Administration, dans la mesure où c'est le but de ce système juridique de cadrer l'action de l'Administration.

Si peu sont prêts à l'accepter ou à le reconnaître, l'Administration peut être ignorante et la décision implicite de rejet permet entre autres de pallier cette ignorance en laissant éventuellement intervenir le juge administratif. Si le juge administratif ne peut certes pas « administrer » en vertu du principe de séparation de la juridiction administrative et de l'administration active[244], les évolutions récentes de l'office du juge administratif montrent que la frontière est bien plus perméable qu'elle n'est censée l'être[245]. En effet, « la reconnaissance d'un pouvoir d'injonction au juge administratif et, plus particulièrement, au juge de la légalité, puisqu'il s'agit d'une prérogative associée à l'exercice d'un pouvoir d'annulation, a incontestablement "*donné le départ d'un mouvement considérable d'extension de l'office du juge administratif, qu'elle a probablement désinhibé*"[246] »[247]. En outre, par l'effet de l'institution des procédures rénovées de référés issues de la loi du 30 juin 2000[248], la décision du juge administratif « *s'affranchit de l'effet platonique que l'on aurait pu croire lui être fatalement attaché, du fait tant du caractère non suspensif des recours que du refus de faire œuvre d'administrateur* »[249].

---

[244] CHEVALLIER (J.), *L'Élaboration historique du principe de séparation de la juridiction administrative et de l'administration active*, LGDJ, coll. Anthologie du droit, 2015, 324 p.
[245] LELLIG (W.), *L'office du juge administratif de la légalité*, thèse Montpellier, 2015, dact., 605 p., spéc. p. 15. Voir également : DRAGO (R.), *Un nouveau juge administratif*, in *Mélanges Jean Foyer*, PUF, 1997, p. 451 ; BAILLEUL (D.), *Les nouvelles méthodes du juge administratif*, AJDA 2004, p. 1626 ; BROYELLE (C.), *De l'injonction légale à l'injonction prétorienne : le retour du juge administrateur*, DA, mars 2004, p.8 ; ARRIGHI DE CASANOVA (J.), *Les habits neufs du juge administratif*, in *Mélanges D. Labetoulle*, Dalloz, 2007, p. 11 ; RIVERO (J.), *Le juge administratif français : un juge qui gouverne ?*, Dalloz, 1951, Chronique VI, p. 23-24.
[246] TRUCHET (D.), *Office du juge et distinction des contentieux : renoncer aux « branches »*, RFDA, 2015, p. 657.
[247] LELLIG (W.), *op. cit.*, p. 15.
[248] Loi n° 2000-597 du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives, *JORF*, n° 151 du 1er juillet 2000, p. 9948.
[249] LELLIG (W.), *op. cit.*, p. 16.

B. Le silence-acceptation : une autonomie totale de l'Administration dangereuse

À l'inverse du silence-rejet, la décision implicite d'acceptation présente la particularité de laisser une totale liberté à l'Administration. Si cette affirmation ne semble pas nécessairement évidente de prime abord dans la mesure où une décision implicite reste, dans la forme, une décision implicite, c'est parce qu'une fois de plus il faut rechercher cette conséquence dans les effets d'une telle décision : dans le cas du silence-rejet, la décision négative naissant à l'expiration du délai donné est toujours susceptible de recours pour excès de pouvoir et donne donc lieu, le cas échéant, à un contrôle du juge administratif ; en revanche, dans le cas d'un silence donnant lieu à une décision positive, les opportunités de saisir le juge sont plus difficiles à mettre en œuvre (sans être impossibles néanmoins, nous y reviendrons). De ce fait, le juge administratif est – par la force des choses – beaucoup moins souvent amené à contrôler les décisions implicites positives prises par l'Administration que leur pendant négatif. Il existe cependant une exception à cette affirmation dans le cas du permis de construire où les recours abusifs sont malheureusement légion[250].

Toujours est-il que cette liberté d'action laissée, par défaut, à l'Administration n'est pas sans présenter un certain danger, notamment du point de vue de la protection de l'intérêt général et de la sécurité juridique. Le fait d'octroyer certains droits à des administrés par le biais d'une décision implicite (donc en prenant le risque d'octroyer des droits illégaux) pouvant potentiellement nuire à des tiers risque de rompre l'égalité, a fortiori si l'on tient compte du potentiel défaut d'information de ces derniers[251].

En somme, plus qu'une autonomie totale de l'Administration qui serait inhérente à la décision implicite d'acceptation, c'est davantage l'impunité virtuelle dont bénéficient les autorités administratives concernées qui pose question. L'absence de prise de décision expresse positive n'est non seulement pas sanctionnée[252], mais elle est même presque « récompensée » par une sorte de dé-responsabilisation de l'Administration. Certes cela peut être perçu – nous l'avons démontré – comme un dessaisissement de sa prérogative principale – elle n'est plus maîtresse de ses décisions ayant un impact sur l'ordonnancement juridique – mais aussi, au contraire, comme un moyen de prendre une décision positive sans en assumer les conséquences.

---

[250] La Cour de cassation n'hésite cependant plus à sanctionner le caractère abusif de ces recours lorsqu'il est démontré. Voir à titre d'exemple : Cour de cassation, civile, Chambre civile 3, 5 juin 2012, 11-17919.

[251] Cette question des risques présentés par le mécanisme de la décision implicite, a fortiori d'acceptation, fera l'objet d'une étude approfondie dans les chapitres suivants. Voir *infra*, p. 108 et s ; p. 155 et s.

[252] Au sens premier du terme, car comme nous l'avons vu, il est possible de voir une sanction psychologique dans le dessaisissement que provoque la décision implicite d'acceptation.

Cette réflexion peut sembler quelque peu éthérée dans la mesure où, d'un point de vue strictement juridique, l'Administration reste toujours responsable des décisions qu'elle est susceptible de prendre, pourtant elle démontre aussi qu'une même situation de l'Administration peut entraîner au moins deux conséquences différentes, témoignant par là même de l'incompatibilité conceptuelle des deux sens pouvant être potentiellement attribués au silence.

Le fait que l'Administration puisse ne pas connaître ou ne pas vouloir connaître l'action à prendre dans tel contexte ou la réponse à donner à telle question est non seulement parfaitement concevable mais également inéluctable ; l'Administration est si souvent « déshumanisée »[253] que l'on a tendance à oublier que ce sont des femmes et des hommes qui la font fonctionner[254]. Le recours croissant aux outils numériques, les évolutions de l'« e-administration », tendent à exacerber ce phénomène de « déshumanisation » de l'Administration.

Sur cette problématique, il est d'ailleurs possible de constater à l'occasion du Rapport annuel d'activité 2019 du Défenseur des droits que sur les 103 066 réclamations reçues en 2019, 61 596 avaient pour objet les relations avec les services publics, soit 59,7% des réclamations, ce qui est loin d'être anodin. En outre, M. Xavier BRETON, député LREM du département de l'Ain, soulève dans une question à l'attention du Premier ministre[255] cette problématique de la déshumanisation des services publics à l'heure de la dématérialisation croissante de nombreuses procédures. Il estime que « *la dématérialisation peut être une bonne chose, en fluidifiant les relations entre l'administration et les citoyens tout en représentant une source d'économies potentielles, mais d'une part, une telle transition se prépare en amont avec des moyens adaptés et, d'autre part, elle ne supprimera jamais la nécessité, pour certaines situations particulières, d'un accueil physique* »[256]. Les principaux écueils de cette Administration à distance se rencontrent lorsque les procédures sont trop complexes pour les administrés, qui se sentent alors « abandonnés par l'administration », mais également en cas de fracture numérique. Le député rappelle que l'on estime à « *7,5 millions le nombre de personnes privées en France d'une couverture internet de qualité, particulièrement en zone rurale* »[257]. Le Défenseur des

[253] Voir notamment : RUEFF (J.), ARMAND (L.), *Rapport sur les obstacles à l'expansion économique*, juillet 1960, La Documentation française, p. 90 ; Défenseur des droits, *Rapport annuel d'activité 2019*, en ligne : https://www.defenseurdesdroits.fr/sites/default/files/atoms/files/raa-2019-num-acces-sopti.pdf.

[254] Encore que cette affirmation se trouve être de plus en plus remise en cause. Voir à ce titre, dans le contexte plus spécifique des finances publiques, la Question écrite N° 94377 de M. Patrice Carvalho du 22/03/2016, témoignant de cette tendance croissante à la déshumanisation des services de l'Administration (Journal Officiel du 22/03/2016, p. 2300 et Journal Officiel du 20/09/2016, p. 8513 pour la réponse).

[255] Question écrite n° 18731 de M. Xavier BRETON, JO du 9 avril 2019, p. 3127 ; Réponse publiée au JO le 7 mai 2019, p. 4338.

[256] Question écrite n° 18731 de M. Xavier BRETON, *op. cit.*

[257] *Ibid.*

droits relève qu'environ 20% des usagers ayant un accès à internet maîtrisent mal l'outil informatique et abandonnent les démarches, se retrouvant ainsi exclus de fait de l'accès à leurs droits[258].

Un autre aspect de ces évolutions de l'Administration à l'ère du numérique concerne la « déshumanisation » de l'Administration *stricto sensu*. Car au-delà du phénomène de distanciation entre usagers et agents publics du fait de la multiplication des démarches en ligne, il existe également des procédures numériques qui ne font plus du tout intervenir l'humain. Et si les premières démarches ne font que masquer l'existence des hommes et femmes constituant l'Administration, les secondes remplacent purement et simplement ces derniers par des algorithmes. Un exemple de ce phénomène peut être trouvé dans le domaine de l'Éducation nationale avec la procédure « Parcoursup », qui remplace progressivement par des algorithmes la prise de décision humaine. Dans ce contexte, la question de la part de responsabilité de l'Administration dans la prise de décision se pose avec acuité.

De ce simple fait, il est alors très simple de déduire que les conséquences de l'ignorance comme du mauvais vouloir de l'Administration (qu'il est évidemment très difficile de distinguer) devraient entraîner des conséquences similaires. En prenant l'exemple général de l'ignorance – de bonne foi donc – de l'Administration sur la position à adopter sur une question donnée : quel fondement justifie donc que ce doute légitime mette en péril l'intérêt général et la sécurité juridique lorsque la procédure concernée donne lieu à une décision implicite positive, là où il aurait simplement donné lieu à un potentiel éclaircissement du juge s'il s'était agi d'une procédure aboutissant à l'assimilation du silence à un rejet ? Aucun. La nature du doute demeure la même dans tous les cas, seule la nature de la question, son fond, importe et détermine les conséquences qu'entrainera ce doute. Le fait est que cette réponse n'est pas satisfaisante.

Cette asymétrie, qui n'est pas prise en compte par le législateur – bien au contraire –, soulève de nombreuses questions, notamment sur les façons de repenser cette relation entre les deux silences[259].

[258] Défenseur des droits, *Rapport annuel d'activité 2019*, *op. cit.*, spéc. p. 6.
[259] Cela fera l'objet de la seconde partie de la thèse. Voir *infra*, p. 398 et s.

§3. L'esprit initial de la règle du silence-rejet remis en question par l'apparition du silence acceptation : un changement de nature de la règle

Il semble, au vu des évolutions du système de la décision implicite, que l'apparition et, a fortiori, la généralisation de l'assimilation du silence de l'Administration à une acceptation a eu un impact sur la manière de percevoir son pendant négatif. Même si le fondement initial reste donc le même dans le cas de l'acceptation comme du rejet, le jeu des influences réciproques a effectivement modifié la nature profonde de ces règles. Ce fondement originel est d'ailleurs sans doute aujourd'hui le seul point qui rapproche les deux sens du silence de l'Administration. Il s'est d'abord agi d'une règle contentieuse permettant l'accès au juge, sauf qu'avec le silence acceptation, la nature de la règle a changé. Son objectif différent l'émancipe du simple mécanisme de liaison contentieuse.
Nous avions déjà commencé à le voir en soulevant le fait que le silence-acceptation était devenu un véritable outil d'Administration, ce que nous aurons le loisir d'approfondir plus amplement dans la section suivante.

Si la vision libérale de 1900 vis-à-vis de la décision implicite a disparu, cela prouve que le juge administratif a compris l'utilité de la décision implicite au-delà de la simple règle de procédure, entérinée à l'origine par le silence-rejet. Il ne s'agit pas réellement d'un retour en arrière comme ont pu le soutenir certains auteurs[260], mais bien d'une anticipation sur l'avenir. En l'état, la décision implicite de 1900 était bien trop permissive et avantageuse pour les administrés[261], un maintien de cette situation aurait sans doute contribué à alourdir et ralentir encore davantage l'action administrative, ce qui est à l'opposé de l'objectif poursuivi par les évolutions successives du silence, ponctuées aujourd'hui par la réforme de 2013.

Afin de mieux comprendre l'évolution de la nature de la règle de la décision implicite de manière générale, il convient d'expliciter dans un premier temps les raisons de l'existence de la décision implicite d'acceptation (**A**), avant d'étudier dans un second temps l'impact que cette conception particulière de la décision implicite a pu avoir sur la façon d'envisager la décision implicite de rejet (**B**), notamment afin de déterminer si le changement de nature supposé est bel et bien une réalité ou non.

[260] Voir notamment : LIET-VEAUX (G.), *Jurisprudence : évolution aberrante de la procédure du silence*, La Revue administrative, 17ème année, n° 99 (mai-juin 1964), pp. 253-260 et BENEZRA (G.), *Le silence de l'Administration: Vicissitudes de la réglementation française*, La Revue administrative, 20e Année, No. 119 (septembre octobre 1967), pp. 540-546, spéc. p. 540.
[261] Voir le premier chapitre de ce titre.

A. Les raisons de l'existence du silence-acceptation

La justification de cette réflexion peut tenir en une simple question : « Pourquoi l'existence du silence acceptation ? ». En effet, quelle utilité présente le silence-acceptation par rapport au silence-rejet ? En prenant le recul nécessaire, il apparaît que tout ce dont le droit – et les administrés – avait besoin, c'était un moyen de lier le contentieux. Et c'est exactement pour cela que la décision implicite de rejet est apparue[262]. Pourtant, le silence-acceptation est apparu, d'abord au cas par cas, ensuite en tant qu'exception prévue par la loi.
Comme le soulevait G. LIET-VEAUX, la décision implicite d'acceptation concernait à l'origine des domaines liés aux libertés fondamentales[263], et notamment les réglementations mettant en cause le droit d'exercer une activité professionnelle et la liberté du commerce et de l'industrie, le droit du travail et le droit de propriété[264].

Cependant, au-delà de cette justification précaire, comme nous avons pu le voir[265], le principal atout de la décision implicite d'acceptation réside a priori dans son caractère d'outil de réforme de l'Administration[266], ce qui nous a été nuancé par Erwan L'HELGOUALCH lors de notre entretien à la Direction de la Formation et de la Vie Étudiante (DEVU), située à Nantes.

Avant de s'attacher à l'étude de cette nuance, il convient d'évoquer d'abord les différentes périodes ayant marqué l'évolution de la décision implicite d'acceptation. Il est possible de relever à ce titre trois tentatives de généralisation du silence-acceptation. La première période de réforme se situe entre 1995 et 1997, la deuxième entre 1998 et 2000 et enfin, la troisième concerne la réforme entamée par la loi n° 2013-1005 du 12 novembre 2013 habilitant le Gouvernement à simplifier les relations entre l'administration et les citoyens. Nous laisserons

---

[262] R. DENOIX DE SAINT MARC écrivait à ce propos qu'il s'agissait d'une : « *règle du jeu contentieux [qui] ne touche pas le fond du droit » : « le fait que l'administration reste inerte, pendant le délai qui fait naître un refus, n'aboutit à aucun changement dans l'ordre juridique ; aucune modification dans les rapports entre l'administration, le demandeur et les tiers* » (*Le silence de l'administration*, in IFSA, Droits et attentes des citoyens, La documentation Française, 1998, p. 123).
[263] Voir aussi sur ce point : BOUFFARD (P.) et THÉRY (J.-F.), *Étude sur les autorisations tacites*, Études et documents du Conseil d'État 1979-1980, p. 289 sq.
[264] Pour illustrer de manière non exhaustive chacun de ces domaines, il est possible de mentionner, pour le premier, **la création ou l'extension de grandes surfaces** (loi n° 73-1193 du 27 décembre 1973 d'orientation du commerce et de l'artisanat) ou **l'inscription au tableau des ordres professionnels des experts-comptables** (ordonnance n° 45-2138 du 19 septembre 1945 portant institution de l'ordre des experts-comptables et réglementant le titre et la profession d'expert-comptable) ; pour le droit du travail, on peut citer les **autorisations tacites de licenciement** de manière générale ; pour le droit de propriété, il est courant de mentionner le **permis de construire tacite** (décret n° 70-446 du 28 mai 1970). Concernant ce dernier domaine, la logique veut (selon les auteurs P. BOUFFARD et J.-F. THÉRY, *op. cit.*, p. 290) que « si l'administration n'exerce pas ses pouvoirs de limitation du droit de propriété dans un certain délai, '*l'autorisation implicite vient restituer ses droits au propriétaire*' » (Voir : CONSEIL D'ÉTAT, *L'application du nouveau principe « silence de l'administration vaut acceptation »*, Les Études du Conseil d'État, 2014, p. 13).
[265] Voir p. 31 et s.
[266] CONSEIL D'ÉTAT, *L'application du nouveau principe « silence de l'administration vaut acceptation »*, Les Études du Conseil d'État, 2014, p. 13.

volontairement de côté la dernière réforme dans la mesure où elle présente des caractéristiques, tant dans sa conception que dans ses conséquences, particulières que nous aborderons de manière bien plus exhaustive dans la seconde partie de cette thèse[267].

Pour le reste, il faut noter que dès 1995, le Gouvernement d'A. JUPPÉ avait affiché ses intentions de renverser le principe de la décision implicite, mais une fois de plus la pratique n'a pas suivi les mots car cette annonce fut accompagnée d'importantes (et critiquées[268]) restrictions. D'une part, elle ne concernait que les demandes d'autorisation, et ne s'appliquait donc pas à l'ensemble des demandes susceptibles d'être adressées à l'Administration ; d'autre part, à l'instar des évolutions que l'on connaît, la règle de l'autorisation implicite souffrait d'exceptions liées à des motifs d'ordre public ou d'intérêt général. Évidemment, déjà en 1995, toute demande d'autorisation tacite présentant un caractère financier ou fiscal était automatiquement exclue du champ d'application du mode de décision implicite.

Finalement, chaque itération de réforme prétendant inverser le principe du silence-rejet se conclut par un échec patent. Du moins d'un point de vue formel. Car il est également vrai de dire que grâce à – ou à cause de – ces réformes successives, le champ d'application du silence-acceptation s'est étendu. Toutefois, et pour reprendre la réflexion d'E. L'HELGOUALCH, il apparaît que ce n'est pas tant la décision implicite d'acceptation que le mouvement de réforme en lui-même qui permet la modernisation de l'Administration. Dans la mesure où, selon les témoignages déjà cités[269], l'Administration tend à favoriser la décision expresse autant que faire se peut, le fait que le principe soit le rejet ou l'acceptation n'impacte aucunement la célérité avec laquelle cette dernière répond aux demandes, les délais étant pour la plupart les mêmes (en tout cas pour les cas les plus communs). Néanmoins, les réformes en elles-mêmes permettent aux Administrations concernées de se remettre en question dans leur organisation. C'est en cela que les réformes sur le silence de l'Administration servent de levier à la modernisation de cette dernière, a fortiori celles qui tendent à donner un plus large champ d'application au silence-acceptation, étendant ainsi le nombre de procédures à faire évoluer.

Le cas de la DEVU est un bon exemple récent de ce phénomène dans la mesure où toutes les procédures scolaires[270] étaient concernées par la réforme de 2013. Cela s'est traduit

[267] Voir *infra*, p. 205 et s.
[268] Voir COLLIN-DEMUMIEUX (M.), *Quelques éléments nouveaux sur les décisions implicites d'acceptation*, Petites affiches, 26 janvier 1996, n° 12, p. 14 et s.
[269] Voir *supra*, note de bas de page n° 210.
[270] Plus précisément, les procédures concernées sont les suivantes : annulation d'inscription, changement de formation, césure, dérogation (pour un redoublement), dispense d'assiduité, exonération des frais d'inscription, inscription hors-délai, réorientation, réorientation pour le second semestre (de première année), demande de transfert, prise en charge des étudiants étrangers et demande de validation d'acquis.
En termes de masse de travail, ces procédures représentaient en 2016 pour les services de la DEVU environ 15 000 dossiers à traiter pour l'ensemble de l'Université de Nantes.

par une augmentation ponctuelle importante de la charge de travail – la DEVU devant gérer plus ou moins 30.000 étudiants – mais une fois les procédures mises à jour, la pratique visant à favoriser la décision expresse sur la décision implicite a eu pour conséquence de ne pas modifier outre mesure le travail des administrateurs concernés, notamment grâce à la mise en place de l'application SURF (Suivi des Recours et Formulaires) permettant d'avoir une vision globale des procédures et de mettre en œuvre rapidement la réforme. Le directeur adjoint M. L'HELGOUALCH a également créé un « kit silence-acceptation » à l'attention de ses services, comprenant des tableaux récapitulatifs et des notes explicatives synthétiques sur la réforme de 2013 afin de pouvoir être opérationnel le plus rapidement possible. Même s'il sera nécessaire d'y revenir en seconde partie de la thèse, il est d'ores et déjà possible de noter que la mise en place de cette réforme a été plus difficile dans les collectivités territoriales que dans les administrations d'État.

B. L'influence de cette évolution du silence-acceptation sur le silence-rejet

La question qui intéresse ici est celle de savoir si l'élargissement du champ d'application de la décision implicite d'acceptation n'aurait pas eu pour effet de modifier pour l'Administration la façon de percevoir la règle de la décision implicite de manière générale d'une part, en permettant de voir plus loin que ce qu'elle avait à offrir originellement, mais aussi d'autre part et plus spécifiquement, la manière de percevoir la décision implicite de rejet. Au-delà de cette question, il est également légitime d'essayer de chercher à savoir si la règle de la décision implicite a changé ou non de nature, du fait de ses évolutions successives, pour devenir autre chose qu'un simple outil de liaison du contentieux.

Force est de constater, selon nous, que le système de la décision implicite a changé. Avec l'apparition du silence-acceptation et son extension constante, nous l'avons vu, l'objectif du silence de l'Administration non pas en tant que fait mais en tant que procédé juridique s'est transformé. Ce qu'il est plus difficile d'identifier en revanche, c'est dans quelle mesure le silence-rejet a vu son but remis en cause par ces évolutions. Ces dernières n'auraient-elles pas eu pour effet de donner à la loi encadrant la décision implicite une nature nouvelle, à savoir une nature identique à celle d'une loi de fond ? La question semble légitimement litigieuse, néanmoins son étude présente un intérêt certain pour la compréhension du phénomène de la décision implicite et de son évolution.
Quelques auteurs comme G. LIET-VEAUX ou G. BENEZRA ont déjà commencé à répondre à la question, presque malgré eux, et ont permis de dégager des tendances assez similaires.
Il est en effet un phénomène qui ressort nettement des analyses précédemment effectuées de ces deux auteurs : celui de la priorisation des intérêts particuliers au détriment de l'intérêt général, du moins en apparence.

Si l'on étudie séparément les deux silences et que l'on se focalise d'abord sur le silence-rejet, il est possible de se rendre compte que celui-ci était très avantageux pour les administrés. Le but de sa création était d'empêcher définitivement toute forme de déni d'administration, rien de plus. De ce fait, donner des garanties illimitées aux administrés, sous la forme d'absence de délais de saisine du juge administratif à l'issue des quatre mois de silence faisant naître la décision implicite, semblait aller de soi. Il s'agissait de sanctionner l'Administration pour sa négligence ou sa mauvaise foi, ce qui n'appelait pas de clémence particulière à son égard de la part du législateur.

Cependant, avec l'expansion croissante de ce système et l'apparition des premières hypothèses – encore prévues de manière ponctuelle – de l'assimilation du silence de l'Administration à une décision positive, le législateur a décidé de mettre un terme à cette faculté illimitée octroyée à l'administré de pouvoir saisir le juge administratif après la naissance d'une décision implicite. Cette décision, largement critiquée par G. BENEZRA pour la raison qu'elle présentait le risque de favoriser les comportements d'inertie des pouvoirs publics[271], s'expliquait néanmoins par des impératifs logiques comme nous avons pu le voir précédemment. Toutefois, il reste que d'un point de vue objectif, cette évolution marque de manière indéniable un glissement dans la façon de considérer l'équilibre entre le pouvoir de l'Administration et le degré d'assujettissement de l'administré.

C'est également un indicateur des limites de l'Administration : avec l'augmentation constante du nombre de recours effectués devant le juge administratif, il apparaît inenvisageable de laisser le luxe aux administrés de saisir ce dernier de manière illimitée. Il s'agit là de la mise en œuvre du principe de réalité, trop souvent mis de côté par les auteurs de doctrine juridique notamment, sur lequel nous aurons sans doute l'occasion de revenir.

Lorsque l'on regarde les chiffres de l'activité contentieuse du Conseil d'État de 2017[272], il est possible d'observer que les règles originelles de la décision implicite (de rejet en l'occurrence) n'auraient pas été viables. En effet, avec 9 864 affaires enregistrées (soit une augmentation de 2,5% par rapport à l'année précédente) et 10 139 affaires traitées dans l'année (soit une augmentation de 5,5% par rapport à l'année précédente), il ressort qu'au-delà des nombres impressionnants par eux-mêmes, le Conseil d'État ne traite « que » 275 affaires de plus qu'il n'en reçoit. Formulé autrement, on compte à peine moins d'affaires enregistrées que d'affaires traitées, ce qui témoigne de façon assez évidente de l'engorgement des prétoires qui semblent fonctionner quasiment à « flux tendus », pour reprendre une expression propre au secteur de

[271] BENEZRA (G.), *Le silence de l'Administration: Vicissitudes de la réglementation française*, La Revue administrative, 20ème année, n° 119 (septembre-octobre 1967), pp. 540-546, spéc. p. 540.
[272] Pour plus de détail, voir : CONSEIL D'ÉTAT, *Rapport public 2018 - Activité juridictionnelle et consultative des juridictions administratives en 2017*, 2018, La Documentation française, 451 p.

l'industrie. Évidemment, la proportion des contentieux liés à des décisions implicites dans le nombre total demeure très difficile à déterminer[273]. Cela ne remet cependant pas en question la réalité selon laquelle une possibilité de saisine infinie aurait eu un impact non négligeable sur le nombre d'affaires portées devant le Conseil d'État.

De la même manière et pour insister sur le caractère inévitable des réformes du silence ayant amené à un encadrement plus strict des délais de saisine du juge à l'issue de l'expiration du premier délai par lequel naît la décision implicite, il est possible d'observer que ce qui se vérifie au niveau du Conseil d'État concerne aussi logiquement les tribunaux administratifs ainsi que les cours administratives d'appel. Les premiers comptaient en 2017 quelque 197 243 affaires enregistrées pour 201 460 affaires traitées, contre 31 283 affaires enregistrées pour exactement le même nombre affaires traitées pour les secondes. En termes d'évolution, cela représente une légère hausse du nombre d'affaires enregistrées par rapport à 2016 pour les tribunaux administratifs contre une très légère baisse (que l'on pourrait finalement qualifier de maintien, avec seulement 0,1% de variation) pour les cours administratives d'appel, mais surtout une hausse – elle aussi – du nombre d'affaires traitées par les juridictions de première instance opposée à une faible croissance pour les cours administratives d'appel. En définitive, peu importent les baisses et croissances puisque le phénomène observé au niveau du Conseil d'État – à savoir la difficulté à réduire l'écart entre le nombre d'affaires enregistrées et celui des affaires traitées – se vérifie à nouveau pour les degrés de juridiction inférieurs.

On observe donc que même si le taux de couverture[274] des différents degrés de la juridiction administrative se maintient à chaque fois aux alentours de 100%, il échoue à atteindre ce résultat plus souvent qu'il ne parvient à le dépasser, ce qui témoigne d'une très forte – parfois trop – sollicitation des juridictions administratives. D'autant plus que le nombre d'affaires en stock (qui équivaut tout de même en 2017 à 81% des affaires enregistrées pour les tribunaux administratifs, 91% pour les cours administratives d'appel et 50% pour le Conseil d'État) ne baisse que très faiblement d'une année sur l'autre (à l'exception du Conseil d'État qui enregistre une baisse de presque 10% par rapport à 2016).

Derniers chiffres afin d'achever de démontrer qu'un maintien de la législation vigueur en 1900 aurait été impossible mais surtout indésirable : les délais moyens de traitement des affaires. Il ressort des statistiques de 2017 que le Conseil d'État mettait en moyenne cinq mois

[273] S'il est nécessaire de considérer les chiffres suivants avec prudence, il ressort toutefois de nos recherches que sur l'ensemble (toutes périodes confondues) des décisions rendues par le Conseil d'État et disponibles sur le site Légifrance, soit 157 428 à la date du 5 janvier 2021, seulement 12 081 comportaient l'expression exacte « décision implicite ». Cela donne un pourcentage de contentieux concernant une décision implicite d'environ 7,7% sur la masse totale de contentieux toutes périodes confondues.
[274] Calculé grâce au ratio affaires traitées/affaires enregistrées.

et quatorze jours pour juger, contre neuf mois et dix-huit jours pour les tribunaux administratifs et dix mois et vingt-huit jours pour les cours administratives d'appel. Ces chiffres, sinon qu'ils semblent indiquer des délais relativement longs du point de vue d'un justiciable, ne parlent pas vraiment d'eux-mêmes. Cependant, si l'on rajoute que la tendance est à la baisse constante de ces délais de traitement (surtout en ce qui concerne le Conseil d'État), ces chiffres reflètent une autre dimension.

Il convient également de préciser que les délais prévisibles moyens de jugement ne sont pas égaux dans leur évolution sur les sept dernières années[275] : le Conseil d'État connaît la plus forte évolution depuis 2007, étant passé d'un délai moyen de traitement des demandes de neuf mois à cinq mois (et de six mois à cinq entre 2016 et 2017) ; les cours administratives d'appel et les tribunaux administratifs stagnent quant à eux depuis 2010 avec des délais tantôt plus longs, tantôt plus courts d'environ un mois.

Il ne s'agit toutefois pas de relier cette forte diminution des délais de jugement à l'évolution de la législation de la décision implicite, cela va de soi. En revanche, il apparaît a contrario qu'une absence d'évolution de cette dernière n'aurait probablement jamais permis de tels progrès.

Les chiffres évoqués précédemment démontrent en effet que la juridiction administrative – quoique les délais de traitement soient en constante amélioration ou, du moins, parviennent à se maintenir malgré l'augmentation du nombre de demandes enregistrées – aurait eu des difficultés à s'adapter aux délais de saisine infinis prévus par la loi de 1900 lorsqu'étaient prises des décisions implicites de rejet.

Il est possible de déduire cela de la position adoptée par le Conseil d'État en juillet 2016[276], selon laquelle l'absence d'indication des voies et délais de recours dans la notification d'une décision administrative ne fait plus courir le délai de recours contre cette dernière de manière illimitée[277] dans le temps. Quand bien même cette évolution jurisprudentielle ne concerne pas exclusivement la décision implicite, il reste que les raisons ayant amené le Conseil d'État à adopter cette position peuvent lui être étendues ; le fait de privilégier la sécurité juridique de l'Administration en empêchant qu'elle puisse souffrir le risque d'un contentieux perpétuel s'inscrit exactement dans la même démarche que celle adoptée par le législateur de 1900.

[275] Ce qui correspond la période de comparaison donnée par le rapport public d'activité juridictionnelle de 2018.
[276] CE, 13 juillet 2016, *M. A. c/ Ministre de l'économie et des finance*, n° 387763.
[277] En vertu de l'article R. 421-5 du Code de justice administrative : « Les délais de recours contre une décision administrative ne sont opposables qu'à la condition d'avoir été mentionnés, ainsi que les voies de recours, dans la notification de la décision ».

Section 2. Les limites actuelles de la décision implicite

À partir d'un même fait, à savoir l'absence de réponse de l'administration dans un délai donné, deux sens juridiques de ce silence ont vu le jour ; le rejet et l'acceptation. Si l'on a pu voir qu'il était possible de les étudier côte à côte, il apparaît pourtant que ces deux interprétations du silence de l'administration ne doivent pas être confondues, n'ayant rien à voir tant dans leur conception théorique que dans les conséquences qu'elles entraînent en pratique. Si le silence-acceptation semble aujourd'hui concerner de plus en plus de domaines, c'est précisément parce qu'il semble offrir des possibilités plus larges que le silence-rejet en termes de perspectives de modernisation de l'Administration. Toutefois, avant de rentrer dans le détail de ces considérations, il semble opportun de relever d'abord les limites que présente la décision implicite (**§1**), puisqu'elles font partie des rares caractéristiques inhérentes à la nature implicite de ce type de décision, et donc partagées à la fois par le silence-rejet et par le silence-acceptation. Ensuite, nous pourrons nous nous intéresserons aux limites spécifiques à la décision implicite d'acceptation (**§2**).

§1. Les limites de la décision implicite en rapport avec les règles de procédures induites par sa propre nature

Ainsi que le souligne C. FAIVRE dans sa thèse[278], l'une des principales faiblesses de la décision implicite de manière générale est précisément sa nature implicite, donc informelle. Or, dans certains cas, cette nature empêche l'application de certaines règles pourtant requises s'agissant des décisions expresses. Il s'agit d'un côté de l'exigence d'un écrit et d'une motivation de l'autre.
Sans répéter inutilement ce qu'a clairement exposé C. FAIVRE sur ce sujet, il apparaît cependant nécessaire de revenir sur l'essentiel afin de nuancer certains points concernant les limites de la décision implicite.

L'exigence d'un écrit peut, selon cet auteur, constituer une condition de validité de la décision dans certains cas[279] mais il ne s'agit pas d'un principe. Il ressort donc de cette réflexion que l'exigence d'un écrit ne constitue en elle-même qu'une faible limite à la décision implicite. Fondamentalement il s'agit bien d'une limite, mais les cas recensés sont bien trop peu nombreux pour pouvoir en faire un obstacle conceptuel général.

[278] FAIVRE (C.), *La décision implicite de l'administration en droit public français*, thèse Grenoble, 2004, 447 p.
[279] Un exemple de décisions pour lesquelles il existe une telle exigence peut être trouvé dans les décisions de délégation de compétences, qui doivent être explicites.

Toutefois, il en va autrement en ce qui concerne l'autre exigence que nous avons déjà citée : la motivation de la décision, dont il est d'ailleurs sans doute possible de faire découler la première. C'est ce que sous-entend C. FAIVRE lorsqu'elle écrit que « *l'écrit semble s'imposer lorsqu'un texte prévoit que l'autorité administrative est tenue de motiver ses décisions. A priori l'obligation de motiver aboutit à rendre illégale toute décision implicite par nature non motivée* »[280].

A. La généralisation de l'exigence de motivation à la décision implicite, une hypothèse inenvisageable

Afin d'éviter les amalgames, il convient dans un premier temps de donner une définition de la motivation d'un acte, avant, dans un second temps, d'étudier en quoi cette exigence de motivation peut être considérée comme une des limites (les plus importantes de surcroît) de la décision implicite.

Si l'on s'en réfère au répertoire Dalloz de contentieux administratif[281], P.-L. FRIER explique qu'il ne faut pas confondre motifs, motivation et mobiles[282] d'un acte administratif. Les premiers, toujours selon l'auteur, « *correspondent aux éléments de droit et de fait qui fondent cet acte, en étant antérieurs et extérieurs à lui* »[283]. Il poursuit : « *Exprimés par les textes ou la jurisprudence, ils constituent les raisons objectives pour lesquelles l'administrateur a agi, le pourquoi de la décision, ce que l'on a pu appeler la cause de l'acte administratif* ». En revanche, quoique la motivation soit définie par l'article 3 de la loi du 11 juillet 1979[284] comme étant l'énoncé écrit « *des considérations de droit et de fait qui constituent le fondement de la décision* », son champ d'application est néanmoins limité à certaines décisions (définies par les articles 1 et 2 de la loi de 1979), ce qui n'est pas le cas des motifs, naturellement inhérents (à moins « *d'un administrateur fou* » pour reprendre l'image utilisée par P.-L. FRIER) à tout acte administratif.

Il ressort donc de cette définition qu'en dépit de son statut d'obligation, la motivation des décisions administratives n'est pas une obligation générale. Cela peut sans doute se com-

[280] FAIVRE (C.), *op. cit.*, p. 333.
[281] FRIER (P.-L.), *Motifs : contrôles*, in Répertoire de contentieux administratif, Dalloz, 2005 (actualisation P.-L. FRIER : octobre 2014), §1-7.
[282] Les mobiles d'un acte administratif, dont nous ne parlerons pas dans ce développement, correspondent aux « *intentions, au but poursuivi, des fins visées par l'auteur de l'acte* » et relèvent donc davantage (sinon exclusivement) du plan psychologique de la décision, par opposition aux motifs, qui sont l'expression des raisons objectives fondant l'acte.
[283] FRIER (P.-L.), *Motifs : contrôles*, in Répertoire de contentieux administratif, Dalloz, 2005 (actualisation P.-L. FRIER : octobre 2014), §1.
[284] Loi n° 79-587 du 11 juillet 1979, JO 12 juill.

prendre dans la mesure où la généralisation d'une telle exigence pourrait potentiellement entraîner un ralentissement de l'activité administrative, comme le soulève C. FAIVRE, relevant également avec pertinence que dans une telle hypothèse, le seul moyen de pallier cette charge supplémentaire serait de mettre au point des « *formules stéréotypées* »[285] qui videraient de sens *de facto* l'intérêt de cette exigence.

Ce n'est qu'avec la loi du 11 juillet 1979[286] qu'un certain nombre de décisions soumises à l'obligation de motivation vont être limitativement énumérées. Cependant, la question qui reste alors en suspend est celle de savoir si la décision implicite doit ou non être concernée par cette obligation. Il va de soi qu'un paradoxe existe dans le fait de devoir motiver une décision implicite qui, par définition, n'a pas d'existence matérielle. L'un des buts officieux de la décision implicite étant, nous avons commencé à le voir, de permettre un allègement de l'activité administrative[287], il semblerait contre-productif de généraliser l'obligation à cette dernière, sans même parler de l'étendre à toutes les décisions explicites.

Sur ce point, la doctrine – avant l'entrée en vigueur de la loi de 1979 – était partagée. C. FAIVRE cite à ce titre deux auteurs dont les points de vue divergeaient. D'une part, S. SUR estimait qu'on ne pouvait pas requérir une motivation d'un côté et se contenter du silence de l'autre[288]. Pour cet auteur, le fait d'exiger la motivation d'un acte implicite quand son pendant explicite est soumis à la même exigence est logique et surtout, ne pèse pas outre mesure sur l'Administration dans la mesure où, dans le cas d'une décision implicite non motivée, le juge pourra demander la production des motifs. Le non-respect d'une une telle injonction étant synonyme d'un « refus d'administration illégal »[289].

Le problème majeur de cette opinion réside dans le fait qu'elle assimile un postulat à une réalité, à savoir l'égalité des décisions implicites et explicites devant l'obligation de motivation des actes administratifs. Le point de vue ainsi défendu par S. SUR est logique dans la démarche mais a priori trop léger sur le fondement. Il est d'ailleurs remarquable que la loi de 1979 ne permettra pas de confirmer l'analyse de cet auteur. Non seulement elle ne fait pas de l'obligation de motiver les décisions administratives une obligation générale pour les décisions explicites, mais elle reste silencieuse concernant les décisions implicites.

[285] FAIVRE (C.), *op. cit.*, p. 333.
[286] Loi n° 79-587 du 11 juillet 1979 relative à la motivation des actes administratifs et à l'amélioration des relations entre l'administration et le public.
[287] Il s'agit en tout cas sans aucun doute d'une des possibilités offertes par la décision implicite.
[288] SUR (S.), *Sur l'obligation de motiver formellement les actes administratifs*, AJDA 1974, p. 354.
[289] *Ibid.*

D'autre part, G. DUPUIS considère de manière beaucoup plus directe que « *si toutes les décisions explicites devaient être motivées, toutes les décisions implicites seraient nulles* »[290]. Tout comme C. FAIVRE, nous ne pouvons nous rallier à cette affirmation puisqu'elle remet en question le mécanisme même de la décision implicite, tout autant qu'elle ne répond finalement pas à la question de savoir si la décision implicite devrait ou non faire exception à l'obligation de motivation (dans la mesure où le pendant explicite de cette décision y serait aussi soumis).

Afin de trouver un début de réponse à cette interrogation, il faut se tourner du côté du juge administratif qui a d'abord considéré qu'une autorisation non motivée de cumul d'exploitations agricoles[291] était illégale du fait de l'absence de motivation alors même que l'article 188-5 du Code rural prévoyait une hypothèse de décision implicite si le silence était maintenu par l'Administration (à l'époque pendant quatre mois).

Il a ensuite précisé sa position en admettant que « *l'autorisation tacite prévue par les textes n'est pas illégale du fait qu'elle n'est, par nature, pas motivée, alors que la décision expresse correspondante doit l'être* »[292]. Même si le juge rectifie sa position et confirme qu'une décision implicite – d'acceptation uniquement – n'est pas soumise à une obligation de motivation alors même que la décision expresse équivalente doit l'être, le fondement de ce raisonnement est absent.

Il s'agit effectivement d'une des limites conceptuelles du mécanisme de la décision implicite ; certes le juge administratif clarifie la situation mais il ne donne pas pour autant de justification. L'impact pratique est très léger voire inexistant puisque le juge répond à la question, mais l'absence d'éclairage sur le cheminement amenant à ce résultat ne satisfait pas sur le plan théorique.

En outre, contrairement au législateur de 1979, le juge administratif effectue une distinction entre le silence-acceptation et le silence-rejet. Il précise dans un arrêt de 1976[293] qu'il existe une interdiction de prendre une décision implicite de rejet dans les matières où les textes prévoient une obligation de motiver.

À l'inverse, l'article 5 de la loi de 1979 dispose qu' « *une décision implicite intervenue dans les cas où la décision explicite aurait dû être motivée n'est pas illégale du seul fait qu'elle*

[290] DUPUIS (G.), *Les motifs des actes administratifs*, EDCE 1974-1975, p.38.
[291] CE, 5 février 1971, *Sist*, Rec. p. 104.
[292] CE, 30 juin 1978, *Lenert*, Rec. p. 284.
[293] CE, 17 novembre 1976, *Société pour le développement de l'hospitalisation c/ Ministre de la santé*, Rec. p. 38.

n'est pas assortie de cette motivation »[294]. Comme le souligne C. FAIVRE[295], le législateur reprend la solution jurisprudentielle concernant la décision implicite d'acceptation et l'étend à la décision implicite de manière globale.

Le choix de la Haute juridiction de séparer les deux sens du silence résulte probablement des conséquences entraînées par une éventuelle obligation de motivation dans chacun des cas. Comme nous l'avons déjà évoqué, le fait pour le législateur de ne pas faire de distinction lorsqu'il traite la décision implicite ne signifie pas pour autant que les deux sens potentiellement attribués au silence de l'Administration doivent être considérés comme étant juridiquement identiques.

Cela dit, cette différence fondamentale de position entre le juge administratif et le législateur s'explique par des approches différentes de la décision implicite et des conséquences qu'elle est susceptible d'entraîner. Le fait pour le Conseil d'État de différencier la décision implicite d'acceptation de celle de rejet peut sans doute se justifier par le fait que dans la pratique, un administré qui se voit octroyer une autorisation tacite se souciera bien moins – pour ne pas dire pas du tout – d'obtenir une motivation de cette décision qu'un administré se voyant opposer un refus tacite. Il s'agit également d'une certaine manière, nous l'avons vu, de désengorger les prétoires tout autant que d'alléger la charge de travail de l'Administration.

Le problème de ce raisonnement réside probablement dans le fait que le juge administratif ne justifie pas réellement cette distinction sur un plan juridique.

À l'inverse, le législateur choisit de généraliser la solution initialement dégagée par le Conseil d'État[296] à l'ensemble des hypothèses de décisions implicites. L'incitation à recourir plus régulièrement ce mode de décision semble être ce qui motive le législateur dans cette disposition. En outre, contrairement à la solution jurisprudentielle, l'article 5 de la loi de 1979 renforce la cohérence du régime de la motivation des décisions implicites ; certes la question de fond de savoir comment justifier cette différence de traitement dans la procédure entre décision explicite et décision implicite demeure, mais le législateur a le mérite de ne pas complexifier davantage (sur ce point du moins) un régime déjà alourdi d'exceptions[297].

Il est nécessaire de rajouter que cette disposition est assortie d'une condition. La confusion effectuée par le législateur entre les deux sens pouvant potentiellement être attribués au

[294] Loi n° 79-587 du 11 juillet 1979 relative à la motivation des actes administratifs et à l'amélioration des relations entre l'administration et le public, art. 5.
[295] FAIVRE (C.), *La décision implicite de l'administration en droit public français*, thèse Grenoble, 2004, 447 p., spéc. p. 336.
[296] Dans sa décision du 5 février 1971, *Sist*, Rec. p. 104, déjà citée.
[297] Même si à cette époque, le régime de la décision implicite semblait finalement moins complexe qu'aujourd'hui.

silence ne peut être viable qu'à partir du moment où l'administré dispose de la faculté de demander la motivation de la décision implicite de rejet prise à son encontre, ce que prévoit précisément l'article 5 de la loi de 1979[298].

Dès lors, plusieurs interrogations peuvent être soulevées. D'abord, à la question de savoir ce qui est censé se produire en cas de refus de communiquer les motifs d'une décision implicite de rejet de la part de l'Administration, une circulaire du 31 août 1979[299] a répondu qu'en l'absence de motivation d'une telle décision, les délais de recours contre celle-ci restaient ouverts indéfiniment. Ensuite, dans l'hypothèse où l'Administration refuse de transmettre la motivation, le juge a estimé que la nouvelle décision implicite qui naissait à cette occasion n'était pas détachable de la première décision, mais permettait justement au justiciable de se pourvoir indéfiniment contre la décision initiale[300].

Dans sa thèse, C. FAIVRE cite S. SUR qui considère quant à lui que « *l'implicite [efface] l'implicite* »[301] et qu'à ce titre, le refus implicite de l'Administration de communiquer les motifs d'une décision soumise à une telle exigence peut et doit être assimilé à la reconnaissance de l'illégalité de la décision concernée. Cette opinion va d'ailleurs dans le même sens que celle exposée par CH. DEBBASCH qui remarquait à ce propos en 1968[302] que dans certains cas pour lesquels la décision devait être motivée, la décision née du silence gardé par l'administration était automatiquement annulée car, par définition, non motivée[303].

Si, nous l'avons vu, le choix du législateur est à notre sens celui de la cohérence et de la rationalisation, il reste que la solution n'est pas tout à fait satisfaisante dans la mesure où elle dessert – en théorie du moins – l'objectif recherché par le législateur lorsqu'il tend à généraliser l'usage de la décision implicite.

Ce mode de décision, contrairement mode explicite, est censé accélérer le travail de l'Administration en lui épargnant la lourdeur des procédures inhérentes aux exigences de l'écrit, d'une part, et garantir aux administrés l'obtention une décision de la part de l'Administration dans un délai raisonnable[304]. Or, le fait de laisser à l'Administration un nouveau délai

---

[298] Ce qui a également été rappelé dans un arrêt de la Cour administrative d'appel de Marseille en date du 4 novembre 2014 (n°13MA01275) : « […] *que le syndicat CGT du centre hospitalier d'Hyères n'allègue pas avoir demandé la communication des motifs de la décision attaquée et il ne ressort pas des pièces du dossier que le syndicat CGT du centre hospitalier d'Hyères a demandé la communication des motifs de la décision attaquée ; qu'il suit de là que le moyen tiré du défaut de motivation de la décision implicite du centre hospitalier d'Hyères doit être écarté* ».

[299] Circulaire du 31 août 1979, JORF 4 septembre 1979, p. 2146.

[300] CE, 29 mars 1985, *Testa*, Rec. p. 93.

[301] SUR (S.), *Motivation ou non motivation des actes administratifs ?*, AJDA 1979, p. 3 et s.

[302] DEBBASCH (Ch.), *Les modes non formels de l'expression de la volonté de l'administration*, La Revue administrative, 21ème année, n° 125 (septembre-octobre 1968), pp. 555-559, spéc. p. 556.

[303] CE, 15 juillet 1964, *Duquerroix*, Rec. 424.

[304] Nous aurons l'occasion d'aborder la question des délais et de la manière de les interpréter plus loin. Voir *infra*, p. 219 et s.

de quatre mois pour communiquer la motivation d'une décision à l'administré qui en fait la demande signifie ralentir de manière non négligeable la procédure de décision implicite, la rendant même ironiquement plus longue encore que si la décision avait été rendue de manière expresse (étant donné que s'il s'agit d'une décision soumise à une obligation de motivation, le non-respect de cette exigence conduit automatiquement à l'illégalité de ladite décision, sans condition de délai).

Il ressort donc du constat précédent que la question de l'application des règles de formes à la décision implicite pose un problème essentiellement théorique, notamment concernant la justification juridique de la différence de traitement existant entre la décision implicite et son pendant explicite, lorsque celui-ci est soumis à l'obligation de motivation.

De ce point de vue, soumettre la décision implicite à cette obligation de manière générale serait sans aucun doute plus juste – ne serait-ce que par souci du respect du parallélisme des formes – mais finalement parfaitement antithétique. Comme nous avons commencé à l'esquisser, l'intérêt majeur proposé par la décision implicite, en dehors de son rôle initial de liaison du contentieux, est l'allègement des procédures administratives précisément par l'absence de formalisme. Or, soumettre la décision implicite à une obligation générale de motivation revient à en faire une décision « hybride » et altère grandement l'intérêt de son caractère implicite. Dans cette hypothèse, que reste-t-il de la décision implicite en termes d'apports juridiques ? Probablement le simple fait de permettre la liaison du contentieux. D'aucuns diront que c'est tout ce dont a besoin la décision implicite pour exister, nous préférons voir dans ce mode de décision un outil potentiel de modernisation de l'Administration active, notamment en termes de célérité (quand bien même nous ne pouvons nier le caractère essentiel de liaison du contentieux).

Le problème étant qu'à partir du moment où l'on exige la production d'un acte matériel par l'autorité se trouvant à la base de la décision, même si la décision existe toujours de manière implicite, l'intérêt lié à la flexibilité proposée par l'absence de formalisme inhérent à ce mode de décision est alors largement relativisé. En somme, il s'agit d'une décision hybride dans la mesure où elle naît du maintien du silence de l'Administration pendant un délai variable – donc implicitement – mais elle doit être accompagnée d'une production des motifs, sous peine d'illégalité, ce qui la rapproche bien plus d'une décision explicite dans la forme.

La solution retenue par le législateur[305] estompe légèrement ces inconvénients mais uniquement du fait qu'il n'impose pas une obligation de motivation à la décision implicite. Car ceux-ci ressurgissent dès lors que l'administré requiert les motifs de la décision prise à son encontre.

[305] Voir *supra*, p. 90 et s.

Cela dit, il faut relativiser l'impact de la décision du législateur dans la loi de 1979 dans la mesure où les cas visés en pratique ne concernent qu'une portion congrue de la totalité. À partir du moment où la faculté est laissée à l'administré de faire la demande des motifs de la décision le concernant, il est peu probable que les décisions positives soient concernées, d'une part, et dans le cas des décisions de rejet d'autre part, il est fort possible que l'obtention de la motivation ne soit pas la priorité de l'administré lorsque celui-ci détient la décision elle-même (du moins dans une démarche contentieuse active, lorsque l'administré décide de former une action en justice contre la décision rendue).

Une autre hypothèse a pu être avancée par Marjolaine MONOT-FOULETIER dans son article concernant les ambitions et les limites de la loi de 2013[306] relative à une motivation *a posteriori* pour toutes les décisions implicites. L'objectif d'une telle démarche – en cohérence avec le but de renforcement des droits des administrés poursuivi par la loi de 2013[307] – serait selon l'auteure de passer d'une Administration qui « *doit dire* » à une Administration qui « *doit dire et expliquer ce dire* ». Exprimé autrement, il s'agit d'accentuer la dimension informative et didactique de la prise de décision l'Administration afin d'améliorer la transparence vis-à-vis des administrés, premiers concernés.

Si l'idée est louable et cohérente avec la dynamique dans laquelle s'inscrit la loi de 2013, sa réalisation juridique demeure selon nous utopique. Nous estimons que la logique qui sous-tend aujourd'hui la décision implicite s'oppose fondamentalement à toute forme de motivation, qu'elle soit *a priori*[308] ou *a posteriori* ; la problématique soulevée par l'idée de motivation d'un acte administratif implicite relève moins d'une question de temporalité que de théorie juridique pure. Tant que la volonté de l'Administration dans la prise d'une décision implicite ne peut être démontrée avec certitude, une généralisation de l'exigence de motivation des actes implicites de l'Administration n'est probablement pas envisageable, qu'il s'agisse des décisions implicites de rejet comme d'acceptation. Car en effet, comme nous allons le voir dans le développement suivant, comment imaginer que l'Administration puisse motiver une décision qu'elle n'a pas eu la volonté de prendre ?

[306] MONOT-FOULETIER (M.), *Le silence de l'administration française : ambitions et limites de la Loi du 12 novembre 2013*, Les Cahiers de droit, vol. 56, numéro 3-4, 2015, p. 539.
[307] Pour une étude approfondie, voir *infra*, p. 204 et s.
[308] À ce titre, il est intéressant de relever – afin de nuancer notre propos – que l'arrêt CE, 17 novembre 2017, *Société Laboratoire AbbVie*, n°s 398573, 404459 reconnaît la motivation *a priori* d'une décision implicite de rejet. Même si la solution concerne le droit européen en matière de médicament et de santé, elle semble pouvoir être étendue à tous les domaines dans les cas où l'Administration exprime sa volonté de s'approprier les motifs d'un avis à intervenir si aucune décision explicite n'est prise.

Il est par ailleurs intéressant de relever, concernant la recherche de la volonté de l'Administration, qu'il s'agit d'une « *préoccupation constante* »[309] du juge administratif. Ce qui signifie que ce dernier ne se contente pas d'étudier la volonté exprimée de manière formelle par l'auteur de l'acte, mais qu'il cherche à savoir ce qu'a véritablement voulu dire celui-ci. Cela semble d'autant plus compréhensible que, comme nous avons commencé à le suggérer, dans le cas d'une décision implicite, il n'existe pas (en toute logique) d'expression formelle de l'intention de l'Administration, ce qui ne signifie pas pour autant qu'il n'existe aucune intention à l'origine de l'acte (tout autant que l'inverse est également vrai, d'où la difficulté de la question).

Le problème posé par cette recherche réside dans le fait que pour mener à bien cette mission, le juge administratif a parfois tendance à distordre quelque peu le contenu de l'acte dont l'examen lui est soumis. Ainsi que l'explique CH. DEBBASCH : « *Le Conseil d'État en prétendant découvrir l'intention réelle de l'administration s'efforce de donner aux actes un contenu permettant la défense de l'intérêt général et des intérêts fondamentaux des administrés* »[310], ce qui a pour conséquences de conduire le juge administratif à interpréter les comportements, même implicites, de l'auteur d'un acte[311]. L'exercice de la recherche de la volonté de l'Administration dans la prise d'une décision implicite n'est donc pas sans comporter certains risques, notamment de distorsion de la réalité ; ils demeurent toutefois nécessaires afin que le juge puisse mener à bien sa mission.

Tout ceci conduit à constater que la question portant sur l'opportunité d'exiger une motivation ou non des décisions implicites semble être vouée à ne pas trouver de réponse suffisamment satisfaisante. D'un côté, il n'est pas envisageable de dispenser complètement de motivation ce type de décision, sous peine de nuire à la sécurité juridique autant qu'au principe de légalité (on comprend assez aisément le danger que représenterait une Administration autorisée indirectement à prendre des décisions discrétionnaires en toutes circonstances) ; de ce point de vue, la solution proposée par le législateur de 1979, permettant aux administrés de faire la demande des motifs de la décision les concernant, semble être le meilleur compromis. Toutefois, d'un autre côté, ce choix laissé à l'administré désamorce l'intérêt de la décision

---

[309] DEBBASCH (Ch.), *Les modes non formels d'expression de la volonté de l'administration*, La Revue administrative, 21ème année, n° 125 (septembre-octobre 1968), pp. 555-559, spéc. p. 558.
[310] *Ibid.*
[311] Pour reprendre quelques exemples donnés par CH. DEBBASCH, dans le domaine des actes unilatéraux « malgré la règle selon laquelle les décisions administratives n'ont pas à être motivées le juge recherche constamment l'intention de l'administration » (voir Concl. Letourneur sur 26 mai 1954, *Barel*, RDP 1954, p. 519). C'est pourquoi lorsque l'administration rejette dans des conclusions les prétentions du requérant, le juge estime qu'elle prend ainsi une décision (CE, 29 mars 1933, *Borron*, Rec. 370).
De la même manière, la recherche de l'intention de l'administration existe en matière contractuelle et se fait en suivant les règles d'interprétations générales données par le Code civil (DE LABAUDÈRE, *Traité des contrats administratifs*, t. II).

implicite. Soit, dans l'hypothèse où l'administré concerné fait la demande des motifs de la décision implicite de rejet le concernant, le délai avant lequel celui-ci peut former un recours contre ladite décision est plus long que pour toute autre hypothèse[312] [313] – l'intérêt de la démarche apparaît donc fortement limité – ; soit, dans le cas d'un refus de l'Administration de transmettre les motifs, le délai de saisine du juge administratif par le justiciable contre la décision implicite de rejet concernée court de manière indéfinie. Il s'agit donc d'un moyen supplémentaire pour l'administré de peser sur l'Administration (ce que cherche précisément à empêcher le mécanisme de la décision implicite). Dans tous les cas – ou du moins l'extrême majorité – l'administré semble donc avoir meilleur compte de s'abstenir de demander les motifs de la décision qu'il conteste et de former un recours à l'encontre de celle-ci directement, ce qui ne semble pas être la solution la plus judicieuse, ni pour l'Administration, ni pour le juge administratif[314].

Finalement, l'option choisie par le législateur reste le meilleur compromis entre la protection juridique des intérêts des administrés (et potentiels justiciables) et la survie de la décision implicite dans la mesure où, puisqu'il s'agit d'une faculté laissée au destinataire d'une décision administrative et non pas d'une obligation générale, l'intérêt de la décision implicite reste préservé dans la majorité des cas. Seule l'hypothèse dans laquelle une demande de motivation est faite pose problème ; un problème sans doute insoluble puisqu'il nécessiterait pour être résolu l'alliance de deux concepts fondamentalement opposés.

[312] Loi n° 79-587 du 11 juillet 1979, article 5 : « *Une décision implicite intervenue dans les cas où la décision explicite aurait dû être motivée n'est pas illégale du seul fait qu'elle n'est pas assortie de cette motivation. Toutefois, à la demande de l'intéressé, formulée dans les délais du recours contentieux, les motifs de toute décision implicite de rejet devront lui être communiqués dans le mois suivant cette demande. Dans ce cas, le délai du recours contentieux contre ladite décision est prorogé jusqu'à l'expiration de deux mois suivant le jour où les motifs lui auront été communiqués* ».

[313] En effet, si l'on part du principe que la décision implicite de rejet naît après un délai de deux mois sans réponse de la part de l'Administration, il faut encore rajouter, au plus, deux mois pendant lesquels l'administré doit formuler sa demande, puis encore un mois pour que l'Administration transmette la motivation de sa décision. Dans ce contexte, il faut donc **cinq** mois avant que l'administré n'ait en sa possession une décision « complète ».

[314] Une évolution très récente paraît devoir être mentionnée ici : dans un jugement en date du 6 mars 2020, le Tribunal administratif de Lyon a estimé qu'« *en l'absence de communication des motifs dans ce délai, la décision contestée, qui doit être regardée comme ne répondant pas à l'exigence de motivation, est entachée d'illégalité* ». De ce fait, la décision implicite de rejet contestée est annulée et il est enjoint au préfet de réexaminer la situation du requérant sous deux mois (TA Lyon, 8ème chambre, jugement du 06 mars 2020 n°1807129).

B. Le paradoxe de la motivation d'une décision implicite

Il convient de remarquer avant toute chose que les limites à la décision implicite évoquées précédemment mettent en exergue une défaillance dans la conception théorique de ce système, sans pour autant empêcher qu'il soit viable sur un plan pratique.
Nous l'avons vu, la création de décisions est soumise à certaines règles de forme sans le respect desquelles la décision ne peut avoir d'existence légale – notamment celle relative à la motivation. Pour autant, la décision implicite n'est pas soumise à cette obligation dans la mesure où – justement – elle est implicite et qu'une telle contrainte lui ôterait tout sens. Cela ne signifie pas pour autant que des motifs n'existent pas, car en effet, une décision, peu importe sa nature, est nécessairement fondée sur des motifs. C'est du moins ce que la théorie juridique fait valoir[315], là où nous estimons qu'il existe une nuance.

Si l'on approche donc la question d'une manière globale, il apparaît que soumettre la décision implicite de rejet à une obligation générale de motivation serait contre-productif et transformerait ce caractère implicite en un caractère semblable à de l'explicite. Mais seulement semblable.
Quand on s'intéresse en effet – plus en détail cette fois – à ce qui distingue la décision implicite de la décision explicite, la réponse paraît évidente. Cependant, nous avons pu l'apercevoir jusqu'ici, plus qu'une distinction purement lexicale, il s'agit d'une différence fondamentale de logique.
De ce fait, il est possible de se demander si la justification de l'absence d'obligation de motiver une décision implicite de rejet (hors demande de l'administré concerné par celle-ci) ne pourrait pas trouver sa source dans cette distinction. En d'autres termes : parce qu'elle est le fruit d'une fiction juridique et non pas d'un acte volontaire, la motivation d'une décision implicite (de rejet) est-elle simplement possible au sens de la loi ?

Lorsque l'Administration rend une décision explicite de rejet, cela signifie qu'elle n'est pas restée silencieuse, qu'elle a effectivement étudié la demande qui lui a été transmise et qu'elle a donné une réponse en conséquence. Elle a eu le contrôle sur chaque étape de la prise de décision. Dans ce cas, les motifs sont clairs et la motivation qui en découle également.
Au contraire, dans le cas où pour une même demande, l'Administration choisit de rester silencieuse et de faire naître une décision implicite de rejet, quels peuvent être les motifs d'une telle décision sinon que le rejet résulte uniquement de l'expiration d'un délai légal ?

---

[315] Si l'on s'appuie que les conclusions de Letourneur sur l'arrêt du Conseil d'État du 28 mai 1954, *Barel*, R.D.P. 1954, p. 519 : « *La règle suivant laquelle les actes administratifs n'ont pas à être motivés a pour conséquence de supprimer à leur égard le vice de forme tiré du défaut de motif ; elle n'a ni pour but ni pour effet de soustraire l'administration à l'obligation de faire connaître au juge de l'excès de pouvoir les motifs des actes attaqués devant lui* ».

Si l'on considère que le but de la motivation d'une décision (en faisant abstraction de sa nature purement formelle et des conséquences y afférentes), est de permettre à l'administré de comprendre la décision qui le concerne afin – potentiellement – de permettre un règlement amiable d'un éventuel litige, toujours dans l'objectif de désengorger les prétoires, alors la motivation d'une décision implicite de rejet ne remplit pas cet objectif.

Dès lors, deux solutions peuvent être envisagées, dont l'une a été retenue par le législateur de 1979 : généraliser l'obligation de motivation à toutes les décisions ou ne soumettre[316] la décision implicite à aucune obligation de la sorte.

La première solution, nous l'avons déjà dit, aurait neutralisé tout l'intérêt juridique de la décision implicite et lui aurait ôté toute substance. En outre, la motivation n'aurait conservé que son utilité purement formelle, ce qui aurait sans doute conduit à la création de formules stéréotypées[317] (a fortiori concernant les décisions implicites) puisque les motifs auraient été invariablement les mêmes.

La seconde solution quant à elle, quand bien même elle nous semble être la plus viable, comporte néanmoins un défaut majeur qu'il convient d'expliquer.

De prime abord, la solution retenue par le législateur de 1979 de ne pas soumettre la décision implicite de rejet à une quelconque obligation de motivation, hors l'exception constituée par l'opportunité laissée à l'administré de réclamer une telle motivation[318], semble parvenir à concilier théorie et pratique, ce qui comme nous avons pu le voir, n'est pas un mince exploit.

Un point non négligeable retient cependant notre attention. Lorsqu'une décision administrative découle d'un comportement actif de son auteur (donc dans le cas d'une décision explicite), la motivation va de soi, mais s'il s'agit d'une décision implicite un problème se pose : quelle motivation l'administré concerné peut-il espérer recevoir ? Ce dernier reçoit-il un écrit lui signifiant que le rejet de sa requête résulte de l'expiration du délai légal imparti à l'Administration (ce qui devrait en toute logique être le cas, étant donné la définition de la motivation sur laquelle nous nous appuyons ici[319]) ? Ou l'Administration, auteure de l'acte litigieux, prend-elle le temps de revenir sur la demande initiale afin d'expliciter le rejet de la même manière qu'elle l'aurait fait si une décision implicite n'était pas intervenue ?

Dans ce dernier cas, il semblerait que l'obligation de transmettre la motivation d'une décision implicite fasse elle-même naître une nouvelle décision, cette fois explicite. En effet, toute fiction qu'elle soit, une décision implicite est juridiquement une décision et emporte les

[316] Avec l'exception de la demande expresse de l'administré.
[317] FAIVRE (C.), *La décision implicite de l'administration en droit public français*, thèse Grenoble, 2004, 447 p., spéc. p. 333.
[318] Voir *supra*, p. 93 et s.
[319] Voir *supra*, p. 89 et s.

mêmes conséquences. La seule différence – majeure néanmoins – repose sur le fait que dans le cas d'une décision implicite l'Administration n'a pas le contrôle (ou très limité) de la création de la décision. Par lien de cause à effet, la conséquence est exactement la même en ce qui concerne la motivation de cette décision : si l'Administration n'a pas eu le choix du sens de la décision, elle n'a donc pas eu le choix quant à la motivation de celui-ci.

Autrement dit, dans l'hypothèse étudiée, une motivation explicitant un rejet résultant d'une décision implicite autrement que par le dépassement du délai légal par l'Administration donne lieu par la force des choses à un nouvel examen de la demande initiale par l'Administration et donc à une nouvelle décision, explicite, puisque *volontairement* prise (quand bien même le sens reste de la décision reste identique).

C'est la raison pour laquelle la solution adoptée par le législateur en 1979 nous laisse perplexe sur ce point de droit. Une décision implicite ne devrait – par nature – jamais pouvoir être motivée, du moins pas autrement que de la manière évoquée précédemment et alors même, s'agirait-il d'une véritable motivation ? Nous n'en sommes pas convaincus.

§2. Les limites de l'évolution de la décision implicite d'acceptation par le biais des critères d'exclusion

Comme nous avons pu le voir dans la première section[320], l'article 22 de la loi du 12 avril 2000 dispose dans son dernier alinéa que « *Les décrets ne peuvent instituer un régime de décision implicite d'acceptation lorsque les engagements internationaux de la France, l'ordre public, la protection des libertés ou la sauvegarde des autres principes de valeur constitutionnelle s'y opposent. De même, sauf dans le domaine de la sécurité sociale, ils ne peuvent instituer aucun régime d'acceptation implicite d'une demande présentant un caractère financier* »[321].

À la lecture de cet alinéa, il nous semble que les critères liés à la sauvegarde des libertés, fondamentales ou non, se comprennent tant d'un point juridique que purement logique. D'une part, il serait difficilement concevable de permettre à des décisions issues d'une fiction juridique (donc prises sans aucune démarche active de la part de l'autorité concernée) de créer des droits dans ces domaines dans la mesure où les conséquences entraînées par de telles décisions vont bien au-delà du simple intérêt particulier de l'administré. D'autre part, les décrets sont des actes issus du pouvoir réglementaire et donc de valeur moindre que les principes et autres libertés énoncés à l'article 22 de la loi du 12 avril 2000.

[320] Voir *supra*, p. 67.
[321] Voir : Loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations.

En revanche, le critère reposant sur le caractère financier, plus discutable dans sa formulation et son application potentielle, attire davantage notre attention (**A**). De manière similaire, la mention des « autres principes de valeur constitutionnelle » pose question au regard de son caractère indéterminé et donc, potentiellement très extensif en termes de dérogations possibles (**B**).

A. Le critère d'exclusion financier, principal frein à la généralisation du silence-acceptation

Le caractère financier de la demande ne serait-il finalement pas la véritable fondation du silence-rejet en tant que principe ? Après réflexion, il apparaît que peu importe le nombre d'exceptions, et surtout peu importe la manière dont elles sont délimitées, il s'est toujours plus ou moins agi de faire du cas par cas avec un seul véritable objet de contrôle en tête : le caractère financier de la demande[322]. De ce point de vue, il représente l'ultime critère dans la répartition des hypothèses de décisions implicites, dans le cas où une demande non répertoriée par les nombreux décrets édictés depuis l'entrée en vigueur de la loi de 2013 viendrait à se présenter. Il est également le seul critère d'exclusion issu de la loi de 2000 à ne pas posséder de valeur juridique (contrairement au droit international, aux considérations d'ordre public et aux principes à valeur constitutionnelle). Ce qui signifie qu'à défaut d'être arbitraire[323], il est néanmoins le seul critère ne possédant pas de justification juridique.

Le problème avec ce critère de délimitation du champ d'application de la décision implicite de rejet (ou du champ d'exclusion de la décision implicite d'acceptation) reste qu'il est – volontairement sans doute – bien trop général dans sa formulation pour que quiconque d'autre que le juge administratif et, dans une moindre mesure, l'Administration, puissent y recourir pour anticiper une éventuelle exception au principe du silence-rejet.

---

[322] Il serait bien évidemment trop long de recenser ici tous les cas pour lesquels le silence de l'Administration vaut acceptation, mais quelques exemples notables permettent de soutenir *a contrario* l'opinion évoquée : les procédures du Code général des Impôts soumises au silence-acceptation concernent pour la plupart des demandes d'autorisations préalables (art. 306 et 50 C de l'annexe IV) ou d'agréments (art. 199 undecies A), sans conséquences financières incontrôlées pour l'État. La nuance est évidemment primordiale dans la mesure où il est évident qu'une réduction d'impôts tacitement accordée représente une perte financière pour la puissance publique, néanmoins il s'agit de procédures de « niches », soumises à de multiples conditions et limitées dans le temps, visant à favoriser l'investissement, ce qui profite également à l'État.
En outre, et de la même manière, il est possible d'évoquer les procédures soumises au silence-acceptation issues du Livre des procédures fiscales qui concernent toutes des demandes de rescrit (art. L64 B et L80 B (2° et s.)), emportant des conséquences financières limitées pour l'État.

[323] On imagine assez bien la logique sous-tendant l'interdiction faite aux décrets de créer des régimes d'autorisation tacite pour les demandes présentant un caractère financier. Il s'agit évidemment de contrôler les dépenses publiques.

La question qui reste inévitablement en suspend ici est celle de savoir s'il est nécessaire pour la demande concernée de présenter un caractère directement financier ou non, car potentiellement, toute mesure a un impact financier[324].
Au vu de la répartition actuelle des cas soumis au silence-rejet et de ceux soumis au silence-acceptation, il semble adéquat de répondre à cette question par la négative dans la mesure où le silence conservé sur de nombreuses demandes ne présentant pas un caractère directement fiscal ou financier (mais ayant néanmoins un impact financier) possède une valeur de rejet[325].

Il est à ce titre également remarquable que la loi privilégie le caractère financier au caractère fiscal de la demande. Si cela peut sembler anodin, il est probable que ce choix s'explique par la nature plus générale de la première dénomination, permettant selon nous d'englober la seconde[326]. Pourtant, le caractère fiscal de la demande, bien plus limité, aurait permis une plus grande clarté et applicabilité de ce critère d'exclusion. Il reste qu'en procédant ainsi, le législateur verrouille de manière certaine les possibilités pour les décrets de créer des cas pour lesquels le silence vaudrait acceptation.

Une fois de plus, il nous semble que cette limite – à l'instar de celle constituée par l'exigence éventuelle de motivation – est inhérente au caractère implicite de la décision et qu'une généralisation paraît donc fortement compromise. Pour reprendre les mots de CH. DEBBASCH[327] : « *L'adage 'qui ne dit mot consent' ne paraît pas susceptible d'application générale en droit administratif* ».

[324] Il nous faut néanmoins préciser que bon nombre d'exceptions semblent également se fonder sur des règles d'éthique, d'écologie et d'hygiène et santé publique. Ce qui n'empêche pas de les ramener théoriquement dans le giron du critère financier.
[325] À titre d'exemple, il est possible de citer l'article 5, al. 1 du décret n° 2009-643 du 9 juin 2009 relatif aux autorisations délivrées en application de la loi n° 2008-518 du 3 juin 2008 concernant les autorisations d'opération spatiales menées depuis le territoire français, ou encore les articles R. 742-18, R. 742-24 et R. 742-25 du Code de commerce relatifs à la nomination dans un office créé ou vacant de greffier de tribunal de commerce et les articles 165, 165 A et 165 B du Code des douanes concernant les autorisations de création, de modification et de gestion d'une usine exercée.
[326] Si d'un point de vue sémantique, les deux termes sont bien distincts, des points de vue politique et juridique, cette différence tend à s'estomper. Nous pouvons par exemple constater que l'administration en charge des questions fiscales en France depuis le décret n° 2008-310 du 3 avril 2008 relatif à la direction générale des Finances publiques, se nomme direction générale des Finances publiques (DGFiP). Cette direction dépend elle-même du ministère de l'Économie, des Finances et de la Relance. Ainsi, c'est le terme « finances » qui est également choisi pour faire référence au domaine fiscal.
[327] DEBBASCH (Ch.), *Les modes non formels d'expression de la volonté de l'administration*, La Revue administrative, 21ème année, n° 125 (septembre-octobre 1968), pp. 555-559, spéc. p. 556.

B. L'indétermination des « autres principes de valeur constitutionnelle » nuisible au principe du silence-acceptation

Outre la disposition selon laquelle les décrets ne peuvent pas instituer de régime dérogatoire au principe du silence-rejet lorsque la demande présente un caractère financier, l'article 22 de la loi du 12 avril 2000 dispose également dans son dernier alinéa qu'il leur est interdit de créer un tel régime d'autorisation tacite lorsque la « *sauvegarde des autres principes de valeur constitutionnelle s'y opposent* »[328].

Le premier constat que nous pouvons faire est celui du flou caractérisant l'énoncé de ce critère. Si l'on comprend l'idée, le fait de mentionner les « autres » principes de valeur constitutionnelle est suffisamment général pour pouvoir signifier à la fois tout et rien en termes d'effectivité du critère d'exclusion.

La définition d'un principe à valeur constitutionnelle qui nous est donnée par la fiche d'orientation Dalloz sur le sujet est la suivante : « *Un principe à valeur constitutionnelle est un principe dégagé par le Conseil constitutionnel et dont le respect s'impose au législateur comme aux autres organes de l'État. Il est une norme juridique à part entière* »[329]. De manière plus précise, ces principes à ou de valeur constitutionnelle « *ne constituent pas un élément du bloc de constitutionnalité ou une autre catégorie à côté de ceux issus de la Déclaration de 1789, des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République (PFRLR) et des principes particulièrement nécessaires à notre temps. Ils englobent tous ceux-ci ainsi que ceux contenus dans la Charte de l'environnement de 2004 et même dans les articles de la Constitution* »[330].

Pour donner quelques illustrations, on trouve aujourd'hui parmi ces principes à valeur constitutionnelle : la continuité de l'État et du service public (Cons. const. 25 juillet 1979, n° 79-105 DC) ; la liberté d'entreprendre (Cons. const. 16 janvier 1982, n° 81-132 DC, et Déclaration des droits de l'homme, art. 4) ; la liberté d'aller et de venir (Cons. const. 12 juillet 1979, n° 79-107 DC) ; la liberté personnelle du salarié (Cons. const. 25 juillet 1989, n° 89-257 DC) ; la sauvegarde de la dignité de la personne humaine contre toute forme d'asservissement et de dégradation (Cons. const. 27 juillet 1994, n° 94-343/344 DC) ; l'inamovibilité des magistrats du siège (Cons. const. 9 juillet 1970, n° 70-40 DC ; Const. 58, art. 64) ; le principe pollueur-payeur (Charte de l'environnement, art. 4 ; C. envir., art. L. 110-1 ; Cons. const. 29 décembre 1999, n° 99-424 DC) et plus récemment, la fraternité (Cons. const. 6 juillet 2018, n° 2018-717/718 QPC).

---

[328] Voir : Loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations.

[329] Entrée : principe à valeur constitutionnelle. Fiche d'orientation Dalloz, juin 2020.

[330] VAN LANG (A.), GONDOUIN (G.), INSERGUET-BRISSET (V.), *Dictionnaire de droit administratif*, Sirey, 7ème éd. 2015. Entrée : Principes constitutionnels/principe de/ou à valeur constitutionnelle.

Ces principes ne sont pas l'équivalent des principes généraux du droit, que peut découvrir le Conseil d'État, dans la mesure où ils sont le plus souvent invoqués en application d'un texte. De ce fait, on pourrait penser qu'ils présentent un caractère moins général que les PGD. Néanmoins, la variété de leurs sources potentielles ainsi que les quelques exceptions qui les caractérisent permettent de relativiser cette opinion. En effet, le Conseil constitutionnel ne donne par exemple par toujours les textes servant de support aux PFRLR qu'il dégage[331]. Il existe également le cas du principe de continuité du service public, qualifié par le Conseil constitutionnel de principe à valeur constitutionnelle sans pour autant le fonder sur aucun texte[332].

Ces exemples, quoique ponctuels, témoignent de la grande liberté dont dispose le Conseil constitutionnel pour dégager de tels principes à valeur constitutionnelle. De plus, nous pouvons relever que B. GENEVOIS, lorsqu'il expose la différence qui existe entre règles et principes constitutionnels, que le Conseil constitutionnel a tendance à confondre, écrit que « *[…] la règle a un contenu précis alors que le principe est rédigé en termes généraux* »[333].
Si l'on prend alors en considération la généralité des principes à valeur constitutionnelle, alliée à la marge de liberté laissée au Conseil constitutionnel pour leur découverte, force est de constater que la formule employée par le législateur dans la loi d'avril 2000 est suffisamment large pour pouvoir empêcher la création de régimes réglementaires dérogatoires au silence-rejet dans de nombreux domaines.

Cependant, il est intéressant de constater qu'il est également possible de considérer a contrario que cette indétermination du législateur dans sa formulation concernant les principes à valeur constitutionnelle peut nuire à son efficacité. Le manque de précision de la formule peut être perçu comme une faille permettant une interprétation très extensive des dérogations. Cela étant, cette hypothèse nous paraît être relativisée par la précision des autres critères d'exclusion prévus par la loi, notamment au regard du critère lié au caractère financier de la demande, au champ d'application potentiellement très large.

[331] À titre d'illustration, il est possible de citer la décision n° 71-44 DC du 16 juillet 1971 relative à la loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association, qui élève au rang de PFRLR la liberté d'association. Si le Conseil constitutionnel vise le Préambule, il n'en vise en revanche aucune disposition spécifique.
[332] Cons. cons. 79-105 DC 25 juillet 1979, *Droit de grève à la radio et à la télévision*, Rec. p. 33.
[333] GENEVOIS (B.), *La jurisprudence du Conseil constitutionnel. Principes directeurs*, STH 1988, 406 p.

Conclusion de chapitre

En définitive, lorsque l'on met en balance l'évolution de la décision implicite, les avantages qu'elle présente ainsi que ses limites, il est difficile de déterminer avec précision la volonté réelle de ceux qui font évoluer ce mode de décision au moins tout autant que de déterminer celle de ceux qui y recourent. L'évolution de la décision implicite est-elle du fait du législateur, ou au contraire, du fait de la pratique, obligeant le législateur à s'adapter ? La question mérite d'être posée bien qu'il soit difficile d'y apporter une réponse certaine.

Néanmoins, les contradictions existant dans l'évolution de la décision implicite ayant pu être relevées jusqu'à présent tendent davantage à confirmer la seconde hypothèse : la décision implicite – au départ un mécanisme nécessaire – recèle un potentiel pratique bien plus vaste, ce dont se rend compte le législateur qui pourtant semble le craindre plus que vouloir l'exploiter. À ce titre, il apparaît que celui-ci semble comprendre bien mieux – ou du moins plus en profondeur – les intérêts potentiels, autant que les dangers, du système de la décision implicite que le juge administratif, dont les décisions ressemblent davantage à des réactions immédiates à un litige donné qu'à une construction jurisprudentielle sur le long terme, en témoigne l'évolution de la jurisprudence concernant l'exigence de motivation des décisions implicites de rejet dont la logique paraissait moins claire que la solution retenue ensuite par le législateur de 1979. Il reste cependant difficile de déterminer avec exactitude les volontés de l'un ou de l'autre, ce qui rend dangereux toute tentative d'hypothèse sur le sujet.

Toutefois, au moins une certitude demeure : le mécanisme de la décision implicite semble juridiquement difficile à manier et surtout à faire évoluer. Les conséquences de ces évolutions ne sont pas toujours anticipées, comme semble le démontrer la mise en œuvre de la loi du 13 novembre 2013[334], laissant dubitatif à bien des titres[335].

[334] Loi n° 2013-1005 du 12 novembre 2013 habilitant le Gouvernement à simplifier les relations entre l'administration et les citoyens.
[335] Voir *infra*, p. 305 et s.

Conclusion de titre

La décision implicite apparaît aujourd'hui comme un objet relativement peu étudié avant la mise en œuvre de la réforme de 2013. Ce manque d'intérêt de la doctrine juridique pour cette fiction juridique s'explique notamment par le fait que le sens initialement donné au silence de l'Administration – le rejet – n'emportait que peu de conséquences sur le plan de l'ordonnancement juridique. Ainsi, une fois observées les origines de cette fiction et constatés ses effets contrôlés, il était normal de s'en détourner.

Avec la réforme de la décision implicite, et notamment la tentative de généralisation du sens positif du silence, sont apparues de nouvelles données tendant à démontrer que le sens attribué au silence n'est pas anodin dans la détermination de sa nature. La décision implicite, selon le sens qu'on lui attribue, passe d'un outil purement procédural à un outil de modernisation de l'Administration, entraînant des conséquences bien plus importantes et, nous l'avons dit, sous-estimées.

L'évolution forcée de la décision implicite ne va pas de soi, et il semble nécessaire de chercher à comprendre davantage la fiction du silence administratif ainsi que les obstacles juridiques qui s'opposent potentiellement à l'extension de son champ d'application avant de chercher à le réformer en profondeur.

Titre 2. Une fiction juridique difficile à articuler avec les principes directeurs de l'ordre juridique et de l'action administrative

Ce titre sera l'occasion d'exposer les faiblesses extrinsèques de la décision implicite, révélées essentiellement par sa mise en perspective avec le contexte juridique dans lequel elle évolue. Il semble en effet pertinent de relever que si la fiction juridique du silence administratif constitue un maillon essentiel dans la chaîne du contentieux administratif, sa mise en œuvre dans l'ordre juridique français soulève de nombreuses questions et difficultés.

Cet ordre juridique, que J. CHEVALLIER définit comme symbolisant « l'ordre social », c'est-à-dire qui organise les rapports juridiques entre les différents membres d'une société donnée grâce à la norme juridique, ainsi « *le droit fait savoir aux membres de la société qu'ils font partie d'un ensemble intelligible, cohérent et rationnel, dans lequel chacun a sa place, dispose d'un statut* »[336], contient certains principes directeurs – des principes juridiques fondamentaux dont découlent d'autres principes – entrant en contradiction avec la décision implicite, alors même qu'ils contraignent l'action de l'Administration, notamment dans son rôle décisoire.

Cela crée donc une situation bancale dans laquelle l'Administration, dont la décision implicite constitue l'un des modes d'action, doit à la fois respecter ces principes directeurs et recourir parfois à un outil qui contrevient pourtant à ces mêmes principes.

Ainsi nous semble-t-il opportun d'observer l'articulation entre décision implicite et sécurité juridique, principe de légalité dans un premier temps **(Chapitre 1)**, puis entre décision implicite et principe de bonne administration, obligation d'agir **(Chapitre 2)**. Ces choix seront justifiés par la suite.

[336] CHEVALLIER (J.), *Vers un droit post-moderne ? Les transformations de la régulation juridique*, Revue du droit public et de la science politique, 1998, n° 3, pp. 659-714, spéc. p. 663.

Chapitre 1. L'articulation difficile avec les principes directeurs de l'ordre juridique : légalité et sécurité juridique

Le choix de focaliser la réflexion sur ces deux grands principes du droit se justifie par la relation particulière qu'entretient avec ceux-ci la fiction juridique du silence de l'Administration. Lorsque l'on étudie la décision implicite et son évolution, l'opposition presque naturelle entre celle-ci et les deux principes étudiés apparaît de manière immédiate et prépondérante dans la plupart des analyses à ce sujet. En outre, ces deux principes directeurs enserrent et conditionnent l'action administrative plus qu'aucun autre, de même qu'il en découle la plupart des principes fondant l'action administrative.
Cela légitime donc une étude approfondie des principes de légalité (**Section 1**) et de sécurité juridique (**Section 2**), eux-mêmes fortement liés – parfois opposés –, et de la façon dont la règle du silence de l'Administration parvient (ou échoue) à s'adapter aux contraintes juridiques qu'ils imposent.

Section 1. L'intrication complexe entre silence de l'Administration et principe de légalité

De la même manière que pour le principe que nous étudierons par la suite, il est nécessaire de s'intéresser à la relation existant entre la décision implicite et le principe de légalité. Une attention particulière doit ici être accordée à l'absence de formalisme de la décision implicite, qui ne va pas sans compromettre – au moins potentiellement – les garanties normalement apportées par le principe de légalité (**§1**), et plus spécifiquement lorsqu'il s'agit de l'exigence de motivation des décisions implicites administratives (**§2**). Ce principe[337] est le corollaire de l'État de droit et son respect en est la condition première d'existence. Contrairement à ce que l'on pourrait imaginer de prime abord, le terme de légalité fait référence à toute règle de droit et non pas seulement à la loi. Sa portée implique que tant le législateur que les autorités administratives sont soumis aux règles de droit qui leur sont supérieures. Les actes d'administrations doivent donc être conformes au droit, les lois à la Constitution et aux traités ou conventions internationales régulièrement ratifiées.

[337] Selon la définition donnée par le Dictionnaire de droit administratif (A. VAN LANG, G. GONDOUIN, V. INSERGUET-BRISSET, Sirey, 7ème éd., 2015, entrée : principe de légalité).

§1. L'absence de formalisme de la décision implicite : une limite à la garantie du principe de légalité

Le principe de légalité soulève son lot d'interrogations lorsqu'on le confronte au mécanisme de la décision implicite. Il apparaît difficile d'étudier le rapport entretenu entre le principe de sécurité juridique et la décision implicite de l'Administration sans s'intéresser avec au moins autant d'attention au rapport qui existe entre cette dernière et le principe de légalité.

L'absence de formalisme inhérente à la décision implicite rend ce mode de décision difficile à accorder avec le principe de légalité, tant dans son respect que dans le contrôle de ce respect **(A)**, et le rapport existant aujourd'hui entre le principe de légalité et la fiction du silence soulève la question de la remise en cause (nuancée) de la place centrale du principe de légalité **(B)**.

A. Un principe fondamental du droit administratif difficile à accorder avec la décision implicite

Comme l'explique F. PUIGSERVER[338], « le principe de légalité est consubstantiel au droit public et à l'action administrative ». Cependant, il précise que la Constitution de 1958 ne le mentionne pas en tant que tel, de même que la jurisprudence ne le cite de manière expresse que très rarement. Pourtant, la réalité est parfaitement contraire à ce que laissent supposer les apparences dans la mesure où le respect de ce principe fonde en grande partie l'action administrative.

Il est cependant possible d'apporter quelques nuances à la portée de ce principe : la conciliation avec d'autres principes, et notamment avec la sécurité juridique. L'équation se complique encore davantage lorsque l'on y introduit l'inconnue « décision implicite ».

En effet, de la même manière dont nous verrons que ce mode de décision se révèle être difficilement compatible avec le principe de sécurité juridique, nous allons pouvoir observer qu'il l'est d'abord dans sa relation avec le principe de légalité.

Au-delà de la balance nécessaire à rechercher entre les deux principes cités ci-dessus, la décision implicite complique davantage la tâche dans la mesure où elle rend impossible cet équilibre ; dans tous les cas de figure, la décision implicite représente un problème insoluble. À titre d'illustration, il est possible de citer deux exemples proposés par D. LABETOULLE[339]. Le premier concerne le recours formé par un tiers contre un permis de construire.

Il existe dans ce domaine une exigence de double publicité se traduisant en pratique par un double affichage de l'autorisation (l'un en mairie et l'autre sur le terrain). La jurisprudence a d'abord considéré que le défaut d'affichage sur le terrain ne s'opposait pas à ce que le délai

[338] PUIGSERVER (F.), *Le droit de l'administration*, coll. Les grands concours, LGDJ 2012, p. 431.
[339] LABETOULLE (D.), *Principe de légalité et principe de sécurité*, in *L'État de droit*, Mélanges en l'honneur de Guy Braibant, Dalloz 1996, p. 406.

de recours contentieux commence à courir tant que l'affichage en mairie était respecté. Cette situation était évidemment avantageuse pour les détenteurs du permis, mais pas pour les tiers, souvent très mal informés.

L'arrêt du Conseil d'État du 25 juillet 1975 (*SCI Les Hortensias*)[340] est intervenu en réaction et tend au renforcement du respect du droit et à conforter la situation des requérants en considérant que les deux affichages doivent être effectués afin que le délai contentieux puisse commencer à courir.

Mais la conséquence a été non pas de rééquilibrer la situation, mais de faire pencher la balance de l'autre côté. Pour D. LABETOULLE, cette jurisprudence a même conduit à l'excès inverse dans la mesure où elle rend très incertaine la connaissance du caractère définitif de leur permis par les demandeurs[341]. L'auteur explique que l'expiration du délai courant normalement à compter des formalités d'affichage ne suffisait pas à assurer le titulaire du permis d'être à l'abri d'un recours, notamment des recours considérés comme abusifs (« des recours qui ne sont pas tous inspirés par la défense du droit ou d'intérêts légitimes »[342]).

Le rapport déposé en 1992 intitulé « L'urbanisme : pour un droit plus efficace » préconisait, afin de remédier à cette incertitude dans laquelle se trouvait le titulaire du permis de construire, que les recours contentieux ou gracieux à l'encontre d'une telle autorisation devait être signifiée à son titulaire. Sans entrer dans le détail, il semble que cette proposition ait porté ses fruits en pratique en réduisant le volume du contentieux de l'urbanisme[343].

Dans cette première illustration, il est possible d'observer d'une part la difficile conciliation entre le principe de sécurité juridique et le principe de légalité ; le respect du droit et de la norme n'étant pas toujours le choix le plus protecteur au regard de la stabilité juridique des situations particulières, et d'autre part, le fait que ce qui se trouve être au cœur de cette problématique d'équilibrage est la décision implicite. C'est parce que ce type de décision ne peut être soumis aux mêmes règles de formalisme que les décisions explicites que la recherche d'équilibre dans le respect des deux principes étudiés pose un problème en apparence insoluble. En effet, comment garantir la stabilité des situations juridiques ou le respect du droit de manière effective et efficace lorsque la décision en question n'a pas d'existence formelle ?

L'autre exemple concerne le domaine de la théorie du retrait des actes créateurs de droit, a fortiori lorsque cela concerne des décisions implicites d'acceptation. Il paraît intéressant de l'observer sous le prisme de sa relation avec le principe de légalité.

---

[340] Rec. p. 437.
[341] LABETOULLE (D.), *Principe de légalité et principe de sécurité*, in *L'État de droit*, Mélanges en l'honneur de Guy Braibant, Dalloz 1996, p. 406.
[342] *Ibid.*
[343] Voir : Rapport d'information n°265 (1999-2000) de M. Louis ALTHAPÉ, fait au nom de la commission des affaires économiques, déposé le 15 mars 2000.

L'intérêt de cet exemple réside dans le fait – pour reprendre les mots de D. LABETOULLE – que « la logique traditionnelle du droit administratif conduit plutôt à imputer à l'administration les principales menaces pesant sur la stabilité des situations juridiques »[344]. Ainsi, il vient compléter l'illustration précédente qui concernait davantage des recours formés par les tiers – cas de figure plus ponctuel lorsqu'il s'agit du droit administratif, mais essentiel lorsqu'il concerne la décision implicite.

G. BRAIBANT exposait ainsi la problématique qui nous intéresse : « Deux exigences contradictoires sont à concilier : l'exigence de légalité – si un acte est illégal, il faut qu'il disparaisse – et l'exigence de la stabilité ou de la sécurité des situations juridiques (…). C'est pourquoi le Conseil d'État, dans l'arrêt *Dame Cachet*, a élaboré un compromis entre ces deux exigences »[345].

Cet arrêt avait posé le principe suivant lequel le retrait d'un acte créateur de droits pour illégalité ne pouvait intervenir que pendant le délai de recours contentieux. La solution retenue permettait ainsi de trouver un équilibre entre légalité et stabilité, mais uniquement dans les cas où les décisions rendues bénéficiaient d'un mode de publicité permettant au délai contentieux de courir dès le moment de l'édiction de l'acte en question.

Cela n'est évidemment pas le cas – entre autres – pour les décisions implicites qui ne donnent souvent pas lieu (du moins en fait) à une quelconque publicité du fait de leur nature. Les évolutions jurisprudentielles postérieures ne sont pas non plus parvenues à trouver véritablement une solution d'équilibre entre sécurité juridique et principe de légalité en ce qui concerne la décision implicite.

En effet, l'arrêt *Ville de Bagneux* rendu en 1966 par le Conseil d'État[346] a posé le principe selon lequel « *l'administration peut légalement, et même si aucun recours n'a en fait été exercé par un tiers intéressé, rapporter d'office à tout moment [une] décision entachée d'illégalité […] même si la notification de cette décision à la personne au profit de laquelle des droits sont susceptibles de naître a entrainé l'expiration du délai de recours* ». Le juge ajoute qu'en « *ce qui concerne cette personne, le défaut de publication de ladite décision empêche le délai dont s'agit de courir à l'égard de tiers, lesquels conservent la possibilité de former un recours gracieux ou contentieux [et] que la décision ne peut, dès lors, être réputée avoir acquis un caractère définitif* ». Poussé à son paroxysme, le raisonnement du juge administratif conduit à octroyer un pouvoir de retrait illimité à l'administration dans le cas des décisions non assorties de mesures de publicité, ce qui inclut évidemment les décisions implicites d'acceptation.

[344] LABETOULLE (D.), *Principe de légalité et principe de sécurité*, in *L'État de droit*, Mélanges en l'honneur de Guy Braibant, Dalloz 1996, p. 407.
[345] BRAIBANT (G.), *Le droit administratif français*, Dalloz, 7ème éd., 2005, p. 249.
[346] CE, 6 mai 1966, *Ville de Bagneux*, Rec. p. 303.

Pour remédier à cette situation, le Conseil d'État a rendu l'arrêt *Ève* en 1969[347] dans lequel il a considéré que l'administration se trouvait dessaisie et ne pouvait plus revenir sur une décision, fût-elle illégale, lorsque le délai au terme duquel une autorisation tacite est acquise était écoulé.

Aujourd'hui, nous l'avons déjà relevé, la situation a été assez largement simplifiée par l'entrée en vigueur du CRPA qui dispose dans son article L. 242-1 que l'administration n'est autorisée à retirer une décision créatrice de droits de sa propre initiative ou sur la demande d'un tiers que si elle est illégale et uniquement dans le délai de quatre mois suivant son édiction.

B. La remise en question de la place centrale du principe de légalité

Ces deux illustrations permettent de constater, de manière générale d'un côté, que la recherche d'équilibre entre les deux principes étudiés dans ce chapitre semble difficile à atteindre et ressemble davantage à un mouvement oscillatoire, penchant tantôt d'un côté de la balance, tantôt de l'autre. D'un autre côté, et de manière plus spécifique au principe de légalité, ces exemples permettent de soulever une question : le principe de légalité est-il encore aujourd'hui un principe aussi fondamental qu'il a pu l'être ? Assurément, la réponse doit être positive. Cependant, une importante nuance doit également être apportée dans la mesure où il apparaît que le principe de légalité tend de plus en plus souvent à s'effacer au profit du principe de sécurité juridique. C'est du moins ce qui semble se dégager de l'évolution constatée du droit administratif, tendant à la subjectivisation et faisant *de facto* une place plus large à la stabilité des situations individuelles.

À titre d'exemple, il est possible de mentionner l'arrêt *Département du Tarn-et-Garonne* rendu par le Conseil d'État en 2014[348] dont il ressort que « *tout tiers à un contrat administratif susceptible d'être lésé dans ses intérêts de façon suffisamment directe et certaine par sa passation ou ses clauses est recevable à former devant le juge du contrat un recours de pleine juridiction contestant la validité du contrat ou de certaines de ses clauses non réglementaires qui en sont divisibles* ». D'après Samuel DYENS, « cette reconfiguration révèle clairement que la recherche d'une plus grande sécurité juridique - au sens de stabilité des relations contractuelles - est devenue le nouveau paradigme du contentieux contractuel, en renvoyant au second plan l'impératif de légalité objective »[349].

[347] CE, 14 décembre 1969, *Ève*, Rec. p. 498.
[348] CE, 4 avril 2014, *Tarn-et-Garonne*, n°358994.
[349] DYENS (S.), *Le recours « Tarn-et-Garonne » : quand la sécurité juridique prime sur la légalité*, AJCT 2014, p. 375.

Sans faire d'un seul exemple une règle générale (surtout dans un champ aussi spécifique que celui du droit des contrats administratifs), il en ressort néanmoins une tendance similaire à celle que l'on cherche à démontrer par le biais de l'évolution de la décision implicite.
Une des explications avancées par Bertrand MATHIEU est de dire que « la cause immédiate de cet engouement pudique pour le principe de sécurité juridique réside dans la stimulation du droit européen (…) »[350].

Même le phénomène d'inflation normative paraît témoigner de cette tendance : les principes sont si souvent assortis d'exceptions en tout genre qu'il est pertinent de s'interroger sur la portée des principes dont elles découlent. Le cas de la décision implicite est ici un cas d'école : lorsqu'un principe ou une règle de droit se trouve grevé d'exceptions si nombreuses qu'elles la dénaturent, le droit est-il réellement respecté ? En tout cas, dans quelle mesure l'est-il ? Étant donné qu'il est possible de considérer qu'une exception à un principe représente une atténuation de celui-ci du fait d'une nécessité de l'adapter à une ou des situations de fait particulières, cela ne revient-il pas à faire primer les intérêts particuliers sur l'intérêt général, et donc la sécurité juridique (telle que conçue de manière positive) sur la légalité ? Sans prétendre pouvoir y apporter une réponse, la question mérite sans doute d'être posée.

§2. La question particulière de l'obligation de motivation des décisions implicites

En dehors des problématiques liées au régime de retrait des actes administratifs unilatéraux, un autre point de procédure pose question lorsque l'on décide de comparer décision implicite et principe de légalité : celui de l'obligation de motivation des décisions par l'administration.
Ayant déjà traité de l'hypothèse de la généralisation de l'obligation de motivation aux décisions implicites, nous nous bornerons ici à aborder la question sous l'angle positiviste en accentuant la réflexion autour des conséquences dans le rapport au principe de légalité.

Mais avant toute chose, il est nécessaire d'entamer le propos par un bref rappel de l'obligation de motivation des décisions administratives, et de voir ce qu'il en est en ce qui concerne le cas particulier des décisions implicites. Véritable paradoxe pour ces dernières **(A)**, l'obligation de motivation des actes administratifs semble en effet difficilement compatible avec le principe de légalité dans le cas où sont concernés des actes tacites **(B)**.

[350] MATHIEU (B.), *Réflexions en guise de conclusion sur le principe de sécurité juridique*, Cahiers du Conseil constitutionnel n° 11 (Dossier : Le principe de sécurité juridique) - décembre 2001.

A. Le paradoxe de l'obligation de motivation des décisions implicites

Il est intéressant de relever d'abord qu'avant la loi du 11 juillet 1979[351] relative à la motivation des actes administratifs, le Conseil d'État s'était toujours opposé à faire de cette exigence un principe général du droit[352]. Mais à l'image de l'évolution de la décision implicite, à partir de 1979, les exceptions au principe de motivation facultative des actes administratifs sont devenues tellement nombreuses que certains auteurs se sont interrogés sur la pertinence de celui-ci[353].

Avec l'entrée en vigueur du Code des relations entre le public et l'administration en 2016, quoique la formulation reste ambiguë, le principe ne semble pas avoir été inversé dans la mesure où il s'agit d'une codification de la loi de 1979. Mais à la lecture de la liste des décisions concernées par l'obligation de motivation, il apparaît qu'en pratique le principe de non-motivation est effectivement devenu l'exception.

Le Code des relations entre le public et l'administration dispose dans son article L. 211-1 : « *Les personnes physiques ou morales ont le droit d'être informées sans délai des motifs des décisions administratives individuelles défavorables qui les concernent* ». Qu'à cet effet, « *doivent être motivées les décisions qui : restreignent l'exercice des libertés publiques ou, de manière générale, constituent une mesure de police ; infligent une sanction ; subordonnent l'octroi d'une autorisation à des conditions restrictives ou imposent des sujétions ; retirent ou abrogent une décision créatrice de droits ; opposent une prescription, une forclusion ou une déchéance ; refusent un avantage dont l'attribution constitue un droit pour les personnes qui remplissent les conditions légales pour l'obtenir ; refusent une autorisation, sauf lorsque la communication des motifs pourrait être de nature à porter atteinte à l'un des secrets ou intérêts protégés par les dispositions du a au f du 2° de l'article L. 311-5 ; rejettent un recours administratif dont la présentation est obligatoire préalablement à tout recours contentieux en application d'une disposition législative ou réglementaire* ». Force est donc de constater le nombre important de décisions individuelles concernées par cette exigence. Il est également possible de remarquer que seules les décisions individuelles et celles qui dérogent aux lois et règlements (et donc pas les actes réglementaires) défavorables à leur destinataire sont soumises à une exigence de motivation, qu'elles soient implicites ou explicites.

Le législateur apporte une atténuation supplémentaire à ce principe en précisant que « *lorsque l'urgence absolue a empêché qu'une décision soit motivée, le défaut de motivation n'entache pas d'illégalité cette décision. Toutefois, si l'intéressé en fait la demande, dans les*

[351] Loi n° 79-587 du 11 juillet 1979 relative à la motivation des actes administratifs et à l'amélioration des relations entre l'administration et le public.
[352] Voir en particulier : CE 26 janvier 1973, *Lang*, Lebon p. 72 ; D. 1973. 606, note B. Pacteau.
[353] GABARDA (O.), *Vers la généralisation de la motivation obligatoire des actes administratifs ?*, RFDA 2012, p. 61.

délais du recours contentieux, l'autorité qui a pris la décision devra, dans un délai d'un mois, lui en communiquer les motifs »[354].

Concernant plus spécifiquement les décisions implicites de rejet, il est curieux de constater la solution retenue par le législateur en ce qui concerne la motivation de ces décisions. En effet, l'article L. 232-4 du CRPA dispose que : « *Une décision implicite intervenue dans les cas où la décision explicite aurait dû être motivée n'est pas illégale du seul fait qu'elle n'est pas assortie de cette motivation. Toutefois, à la demande de l'intéressé, formulée dans les délais du recours contentieux, les motifs de toute décision implicite de rejet devront lui être communiqués dans le mois suivant cette demande. Dans ce cas, le délai du recours contentieux contre ladite décision est prorogé jusqu'à l'expiration de deux mois suivant le jour où les motifs lui auront été communiqués* ».

Une décision implicite ne peut, par nature, être motivée et le législateur en prend acte dans cet article. Seulement, la solution retenue n'est pas pleinement satisfaisante d'un point de vue théorique dans la mesure où, pour confirmer la légalité de l'absence de motivation d'une décision implicite, le régime de ces dernières est calqué sur celui des décisions expresses pour finalement conclure à une exception, et donc à un régime différent. Ce qui pourrait sembler logique ne l'est sans doute pas.

En outre, comme nous le soulevions dans le chapitre précédent, le fait de motiver rétroactivement une décision qui, en réalité, ne dispose d'aucun autre motif que l'expiration d'un délai est soit inutile (dans la mesure où cela n'avance pas le destinataire de la décision[355]), soit pose la question de la naissance d'une nouvelle décision (nouveaux motifs, nouvelle décision). Car comme le dispose l'article L. 211-5 du Code des relations entre le public et l'administration, la motivation doit « *être écrite et comporter l'énoncé des considérations de droit et de fait qui constituent le fondement de la décision* ». Mais si la décision naît uniquement de la conséquence d'une loi, aucun motif de fait ne peut être communiqué (sauf le fait qu'un délai de tant de jours s'est effectivement écoulé sans réponse de la part de l'Administration, ce qui n'est pas pertinent).

L'obligation de motivation des décisions administratives apparaît donc, concernant la décision implicite, comme étant une théorie assez bancale. Une telle incertitude autour d'une obligation juridique pose alors question au regard, notamment, du principe de légalité.

[354] Art. L. 211-6 CRPA.
[355] L'un des intérêts de la motivation d'un acte est de permettre une application facilitée du principe du contradictoire dans l'éventualité d'un recours contentieux.

B. La compatibilité difficile avec le principe de légalité entendu au sens large

Si l'on en revient maintenant à l'intérêt de la motivation, le lien avec le principe de légalité apparaît très nettement. En effet, selon une définition donnée par J.-M. AUBY et R. DRAGO[356] et reprise par Céline WIENER, la motivation d'un acte peut être considérée comme « *la composante d'un processus intellectuel, (...) constituée par l'ensemble des éléments de droit et de fait qui ont conduit l'Administration à agir* »[357] mais également « *du point de vue formel, il s'agit de l'obligation où se trouve celle-ci, au moins dans certains cas, d'indiquer les motifs sur lesquels reposent ses décisions* ».

Ce second point de vue est intéressant du fait de l'emploi du terme « obligation ». Nous l'avons vu, cette obligation reste discutable même si elle tend à être démontrée par la pratique. Néanmoins, dans les cas où il s'agit bien d'une obligation, elle découle la plupart du temps de la loi (notamment des articles codifiés dans le CRPA). Concernant les décisions implicites, il ne s'agit depuis 2016 jamais d'une obligation. À la lecture de ces quelques constats, le respect de la stricte légalité ne semble pas se poser, même lorsqu'il s'agit d'une décision implicite. En effet, les règles sont claires et concises.

Toutefois, il semble pertinent de tenter d'aller plus loin dans la réflexion en dépassant le cadre de la légalité au sens procédural du terme, et de se demander dans quelle mesure l'Administration devrait être tenue de faire connaître les motifs de ses décisions implicites, au regard des tendances précédemment évoquées. De la même manière, il apparaît judicieux de s'interroger sur l'effet de cette absence d'obligation de motivation sur le respect du principe de légalité entendu dans le sens où si celui-ci impose à l'Administration le respect de la hiérarchie des normes dans l'exercice de ses prérogatives, il ne tient évidemment pas compte uniquement de la loi. D'autres normes entrent en ligne de compte, et même si l'interaction entre ces principes et le principe de légalité ne se fait parfois que de manière indirecte, l'observation mérite selon nous que l'on s'y attarde.

En premier lieu du point de vue de l'administré, la motivation des décisions administratives, de manière générale d'abord, apporte plusieurs garanties non négligeables qui découlent de principes juridiques reconnus.

D'abord, nous l'avons déjà évoqué, le fait pour l'Administration de motiver ses décisions permet de faciliter le respect du principe du contradictoire et, par extension, des droits de la défense consacrés par la Convention européenne des droits de l'Homme en son article 6§1. Ce principe suppose que soit garantie « *la possibilité pour chacune des parties devant le juge*

[356] AUBY (J.-M.) et DRAGO (R.), *Traité de contentieux administratif*, Paris, LGDJ 1962, t. III, p. 37.
[357] WIENER (C.), *La motivation des décisions administratives en droit comparé*, Revue internationale de droit comparé, vol. 21 n°4, Octobre-décembre 1969, pp. 779-795.

d'être informée des arguments présentés, de prendre connaissance de toutes les pièces du dossier et d'être mise à même de présenter ses propres observations »[358]. Il a été érigé en principe général du droit par un arrêt *Gate*, rendu par le Conseil d'État le 16 janvier 1976[359], fait suffisamment rare en matière de procédure pour être rappelé comme le relève Fr. GAZIER[360].

Quoi qu'il soit difficile de pouvoir considérer objectivement que l'absence d'obligation de motivation des décisions implicites de l'Administration entre en conflit direct avec le principe du contradictoire, mettant ainsi à mal le respect du principe de légalité, il n'est pas vain de considérer qu'un risque existe. En effet, l'hypothèse du non-respect du principe du contradictoire supposerait – dans le cas d'une décision implicite – que la demande des motifs formulée par l'administré reste sans réponse (ou soit rejetée) sans qu'il existe de recours possible contre cette inertie ou ce refus. Or, de manière réaliste, le résultat d'une telle demande se traduirait sans doute – dans le pire des cas – par une simple indication des dispositions législatives justifiant la naissance de la décision implicite de rejet. Cette hypothèse ne serait évidemment pas satisfaisante au regard du respect du principe du contradictoire, mais d'un point de vue juridique, l'obligation de transmettre la motivation (et donc de motiver la décision) serait bel et bien respectée. Il n'est ainsi porté aucune atteinte objective au principe du contradictoire et donc, par extrapolation, au principe de légalité non plus.

Dans ce scénario, il semble aberrant de pouvoir considérer qu'une telle motivation – répondant pourtant aux exigences légales – puisse être une garantie suffisante pour l'administré s'il décide d'ester en justice contre la décision implicite lui faisant grief.

Pire encore sans doute, le fait de rendre facultative la motivation des décisions implicites fait peser sur l'administré la responsabilité dans le cas où une telle absence de motivation lui cause du tort dans sa défense, s'il s'avère que celui-ci n'a pas fait pas la démarche de les demander. Étant donné que la demande des motifs d'une décision implicite de rejet est une faculté laissée à l'administré, si ce dernier n'en use pas, il ne pourra pas se prévaloir d'une éventuelle atteinte au principe du contradictoire. Là encore, la situation n'apparaît que difficilement tolérable.

Ensuite, l'autre principe dont la motivation permet d'assurer le respect est celui de l'impartialité administrative. Si ce principe est davantage connu lorsqu'il concerne les juridictions, il s'applique également aux autorités administratives.

---

[358] GAZIER (F.), *Procédure administrative contentieuse : principes généraux*, in : Répertoire du contentieux administratif, Dalloz, Octobre 1998 (actualisation : Juin 2012), §101 et s.
[359] CE 16 janv. 1976, *Gate*, Rec. p. 39.
[360] GAZIER (F.), *Procédure administrative contentieuse : principes généraux*, in : Répertoire du contentieux administratif, Dalloz, Octobre 1998 (actualisation : Juin 2012), §104.

Sans revenir sur l'histoire – essentiellement faite de controverses – de la reconnaissance de la valeur de principe général du droit à l'impartialité de l'administration, il convient de préciser que c'est avec l'arrêt *Fédération française de football* du 27 octobre 1999[361] que la doctrine s'est officiellement mise d'accord sur la consécration d'un principe général du droit d'impartialité appliqué à l'administration, ainsi que l'explique Bernard QUIRINY[362]. Cependant, il a fallu attendre 2001 avec la publication du Rapport public du Conseil d'État relatif aux autorités administratives indépendantes pour qu'il soit mis fin de manière définitive à toute ambiguïté concernant la valeur juridique attribuée au principe d'impartialité administrative. Les auteurs de ce rapport considèrent ainsi que : « *L'administration est soumise à une exigence pleine et entière d'impartialité ; le principe d'impartialité constitue un principe général de notre droit* »[363]. Ce principe, écrit R. CHAPUS, doit garantir « aux administrés que toute autorité administrative (individuelle ou collective) est tenue de traiter leurs affaires de façon impartiale, sans préjugés ni partis pris »[364].

Précisons pour terminer cette présentation du principe d'impartialité applicable à l'Administration que l'on compte deux types de partialité : la partialité subjective, qui découle du comportement de l'agent concerné, et la partialité objective, qui découle de « considérations organiques et fonctionnelles »[365]. Ce dernier type de partialité s'applique essentiellement à l'administration juridictionnelle puisqu'elle impose de vérifier que les autres fonctions d'un juge ne mettent pas en péril la partialité de la formation de jugement. À titre d'illustration, il est possible d'évoquer les affaires *Morel c/ France*[366] et *CUBBER*[367], ou plus récemment, l'affaire *Mancel et Branquart c. France*[368]. Dans la première, la CEDH condamne le fait qu'un magistrat ait préalablement rendu ou contribué à rendre une décision de justice impliquant qu'il ait déjà porté une appréciation juridique sur la solution au fond que devait selon lui recevoir le litige. Dans la seconde affaire, la Cour condamne le fait qu'un magistrat membre d'une chambre d'instruction puisse être membre d'une juridiction de jugement. Dans le dernier exemple, la

[361] CE, 27 octobre 1999, *Fédération française de football*, JCP 2000, nº 10367 note Piastra. Voir également en ce sens : CE Ass., 3 décembre 1999, *Didier*, p. 399, GAJA nº 110, JCP 2000, nº 10267, note Sudre, RFDA 2000, p. 584, concl. Seban, note Sermet et Andriantsimbazouina ; CE Ass., 3 décembre 1999, *Caisse de crédit mutuel de Bain-Tresboeuf*, p. 397, RFDA 2000, p. 547, concl. Combrexelle, note Sermet ; CE Sect., 3 décembre 1999, *Leriche*, p. 402, concl. Schwartz.
[362] QUIRINY (B.), *Actualité du principe général d'impartialité administrative*, RDP 2006, p. 375.
[363] *Les autorités administratives indépendantes*, Rapport public du Conseil d'État, 2001, La Documentation française, p. 381.
[364] CHAPUS (R.), *Droit administratif,* Montchrestien, 2001, p. 98.
[365] Concl. HUBAC sur CE, 27 avril 1988, *Sophie*, p. 160.
[366] CEDH, 6 juin 2000, *Morel c/ France,* n° 34130/96.
[367] CEDH, 26 octobre 1984, *CUBBER c. Belgique*, n° 9186/80.
[368] CEDH, 24 juin 2010, *Mancel et Branquart c. France*, n° 22349/06.

Cour sanctionne le fait que la Cour de cassation se soit déjà prononcée sur la réalité de l'infraction reprochée aux requérants lors d'un premier pourvoi alors même que cette même infraction faisait l'objet d'un second pourvoi.

Il ressort de ces considérations que la motivation des décisions administratives permet de garantir de manière effective le respect du principe d'impartialité de l'administration dans la mesure où, selon Céline WIENER, « elle mine les possibilités d'arbitraire, voire d'illégalité »[369]. L'auteur ajoute ensuite que : « *la nécessité d'expliquer en droit et en fait les prémisses d'une décision a toutes chances d'assurer la correction de celle-ci, et notamment d'éviter les injustices et les passe-droits. Elle incite en effet l'Administration à n'agir que pour des motifs avouables, c'est-à-dire en dernière analyse dans un cadre de légalité* »[370]. Nous nous rallions à cette opinion, a fortiori lorsque l'on considère la décision implicite dont la motivation, encore une fois, n'est pas obligatoire et doit en sus faire l'objet d'une demande expresse de la part du destinataire de la décision en cause.
En l'état, le flou entourant le processus interne débouchant sur la naissance d'une décision implicite de rejet ne permet pas de garantir le respect du principe d'impartialité administrative, ce qui pose donc problème au regard du principe de légalité. Quand bien même il s'agit une fois de plus d'un rapport indirect entre les deux principes, il reste que le risque existe bien.

En second lieu, du point de vue du droit, la motivation permet un contrôle accru de la légalité de l'action administrative dans la mesure où le contrôle juridictionnel pourra se porter à la fois sur le dispositif de la décision mais également sur la manière dont l'Administration a fait usage de ses pouvoirs. En effet, il existe encore en France une certaine opacité du fonctionnement administratif, qualifié par certains de « mystère administratif », hérité de l'État policier[371], à laquelle il conviendrait de mettre un terme afin d'être en cohérence avec les volontés affichées de rationaliser les relations entre l'Administration et le public. La motivation obligatoire des décisions implicites, au-delà des inconvénients conceptuels qu'elle sous-entend, permettrait sans aucun doute d'atteindre cet objectif.

[369] WIENER (C.), *La motivation des décisions administratives en droit comparé*, Revue internationale de droit comparé, vol. 21 n°4, Octobre-décembre 1969, p. 781.
[370] WIENER (C.), *La motivation des décisions administratives en droit comparé*, Revue internationale de droit comparé, vol. 21 n°4, Octobre-décembre 1969, p. 781.
[371] LANGROD (G.), *Genèse et lignes directrices de la procédure administrative non contentieuse en Pologne*, Revue internationale des sciences administratives, 1960, p. 401.

Section 2. La relation paradoxale entre silence et sécurité juridique

L'idée ici est de replacer la décision implicite dans le contexte juridique contemporain afin d'identifier les divers obstacles auxquels elle peut se trouver confrontée. En l'occurrence, l'articulation de la décision implicite avec le principe de sécurité juridique se trouve largement fragilisée par la mise en œuvre de la loi de 2013, ce qui peut notamment être attribué au manque de clarté préjudiciable de la loi. L'élargissement du champ d'application du silence à de nombreuses autres procédures, et a fortiori celui du silence-acceptation, pose également des risques non négligeables du point de vue de la sécurité juridique (information des tiers, règles de procédure des actes implicites, intelligibilité des décrets d'application, modifications de l'ordonnancement juridique…). Si l'analyse de cette relation paradoxale ne doit pas être négligée **(§1)**, il faudra néanmoins nuancer l'impact de ce principe de sécurité juridique sur la mise en œuvre de la décision implicite **(§2)**.

§1. La fiction du silence et le principe de sécurité juridique : une relation antithétique

De prime abord, la contradiction pouvant exister entre le principe de sécurité juridique et le silence de l'Administration peut ne pas paraître si évidente dans la mesure où, comme nous allons le voir, elle concerne surtout (pour ne pas dire exclusivement) le silence lorsque son sens est positif, ce qui se justifie par le fait que la décision implicite de rejet ne modifie pas l'ordonnancement juridique.

Pour mieux comprendre cette articulation, il convient d'étudier le principe de sécurité juridique plus en détail dans un premier temps, ainsi que ses interactions avec la fiction juridique du silence **(A)** avant, dans un second temps, de nuancer légèrement l'importance de l'impact de ce principe dans la pratique **(B)**.

A. Un principe aux contours fluctuants

Avant d'entamer plus en profondeur l'étude de la relation entre sécurité juridique et silence, il nous semble judicieux de nous arrêter dans un premier temps sur la première notion seule afin de mieux comprendre les interactions existant entre elle et notre sujet d'étude. Ainsi il sera proposé successivement de s'essayer à définir la notion de sécurité juridique (*1*) et d'y apporter les éclairages de la jurisprudence (*2*).

1) La définition de la sécurité juridique

La sécurité juridique peut ainsi être définie comme l'une des « préoccupations essentielles d'un État de droit, au même titre que la liberté, l'égalité et la sûreté. […] Elle inspire en droit administratif des règles visant à assurer la connaissance du droit applicable et la stabilité

des situations juridiques »[372]. Pour reprendre également les mots de J. DELUMEAU, la sécurité juridique correspond à un « besoin structurel »[373] de sécurité. Toutefois – et c'est là l'un des principaux écueils de la notion – elle est une notion « flottante », aux contours flous (comme beaucoup de principes directeurs en droit, à commencer par l'intérêt général).

B. PACTEAU écrit d'ailleurs à ce sujet que la sécurité juridique n'entre pas dans une « catégorie juridique aux frontières, ni donc aux conséquences, ni aux contours, ni au contenu parfaitement bien délimité »[374]. Le juge a eu recours à cette notion à plusieurs occasions désormais célèbres, notamment concernant le principe de non-rétroactivité des actes administratifs[375], le respect des droits de la défense[376], l'intangibilité des droits acquis[377] et la modulation dans le temps des effets d'une décision de justice[378]. Il est intéressant de noter que le juge administratif ne cite textuellement la sécurité juridique dans aucun des arrêts relatifs à ces exemples. Cela s'explique par le fait qu'il ne s'agit pas – à l'origine du moins – d'un principe mais plutôt d'un objectif en filigrane vers lequel tendre. Ce n'est qu'avec l'arrêt du Conseil d'État du 24 mars 2006[379] que le juge administratif a estimé nécessaire de faire de la sécurité juridique un principe (a priori un principe général du droit), même si certains auteurs se sont permis d'en douter[380].

Sur ce point, nous avons tendance à nous rallier à l'opinion de F. MELLERAY selon laquelle le Conseil d'État dans son arrêt *KPMG* ne consacre effectivement pas le principe de sécurité juridique en tant que tel. Il semble cependant bon de préciser que finalement, que l'on soit d'accord avec cette affirmation ou non, ne change pas – nous allons le voir – le fond de la question concernant la valeur juridique de la sécurité juridique aujourd'hui, ce qui n'empêche pas de chercher à démontrer que les analyses ayant fait suite à l'arrêt de 2006 nous paraissent erronées[381], en partie du moins.

---

[372] VAN LANG (A.) et AL, *Sécurité juridique*, dans Dictionnaire de droit administratif, 7ème édition, 2015, Sirey, p. 433.
[373] DELUMEAU (J.) in *Le sentiment de sécurité juridique dans l'Histoire*, Les cahiers de la sécurité intérieure, IHESI, La Documentation française, janvier 1990, p. 19.
[374] PACTEAU (B.), *La sécurité juridique : un principe qui nous manque ?*, AJDA 1996, n° spéc. 151.
[375] CE, ass., 25 juin 1948, *Société du Journal l'Aurore*, n° 94511.
[376] CE., ass., 26 octobre 1945, *Aramu*, n° 77726.
[377] CE, ass., 26 octobre 2001, *Ternon*, n° 197018.
[378] CE, ass., 11 mai 2004, *Association AC* !, n° 255886.
[379] CE, ass., 24 mars 2006, *Société KPMG*, n° 288460, AJDA 2006, p. 684.
[380] MELLERAY (F.), *L'arrêt KPMG consacre-t-il vraiment le principe de sécurité juridique ?*, AJDA 2006, p. 897.
[381] Voir notamment : MATHIEU (B.), *Le principe de sécurité juridique entre au Conseil d'État*, AJDA 2006, p. 841 ; LANDAIS (C.) et LENICA (F.), *Sécurité juridique : la consécration*, AJDA 2006, p. 1028.

En effet, lorsqu'on lit l'arrêt du Conseil d'État – a fortiori à la lumière de l'évolution jurisprudentielle à laquelle il fait suite (que nous avons cité précédemment) – il en ressort davantage une « nouvelle facette »[382] de la sécurité juridique qu'une véritable consécration, en l'occurrence il s'agit de l'obligation de prendre des normes transitoires en matière contractuelle. Il est vrai cependant qu'à la différence des arrêts antérieurs, le juge administratif nomme ici explicitement la sécurité juridique dans le considérant de principe, la qualifiant même de « principe » dans le considérant suivant. Toutefois, comme le soulève F. MELLERAY, deux détails retiennent notre attention et permettent de douter d'une éventuelle consécration du principe de sécurité juridique par l'arrêt étudié : d'une part, le juge administratif ne définit à aucun moment le principe de sécurité juridique, ou ne donne d'indication de ce qu'il recouvre potentiellement, même concernant le cas d'espèce. En outre, il utilise tour à tour les expressions « *motifs* de sécurité juridique » (dans le considérant de principe qui plus est) et « *principe* de sécurité juridique » à quelques lignes d'écart, ce qui ne plaide pas forcément en la faveur d'une consécration évidente de la sécurité juridique en tant que principe.

D'autre part, pourquoi ne pas imaginer qu'il puisse s'agir plutôt d'une transposition « camouflée » du principe de confiance légitime (étant opérant, à l'époque de l'arrêt, dans l'ordre juridique communautaire mais pas dans l'ordre juridique interne). Le juge administratif aurait ainsi traduit ce principe général du droit communautaire (désormais du droit de l'Union européenne) par l'un des aspects de la sécurité juridique.
Quoi que l'on puisse en penser, il faut reconnaître que l'arrêt *KPMG* – surtout lorsqu'on le compare aux arrêts le précédant – ne lève pas véritablement le doute sur la nature de la notion de sécurité juridique, du moins pas de manière aussi explicite que ce qu'une « consécration » induit normalement.

2) L'éclaircissement apporté par la jurisprudence récente

À l'inverse, un arrêt récent du Conseil d'État rendu le 13 juillet 2016[383] permet sans doute de mettre fin à cette ambiguïté dans la mesure où le considérant de principe est bien plus direct. Le juge administratif décide : « *Considérant toutefois que le principe de sécurité juridique, qui implique que ne puissent être remises en cause sans condition de délai des situations consolidées par l'effet du temps, fait obstacle à ce que puisse être contestée indéfiniment une décision administrative individuelle qui a été notifiée à son destinataire* ». Cette décision met fin à l'interprétation traditionnelle de l'article R. 421-1 du Code de justice administrative, qui dispose que la juridiction administrative ne peut être saisie que par voie de recours formé contre une décision dans les deux mois à compter de la notification ou de la publication de la décision

[382] MELLERAY (F.), *L'arrêt KPMG consacre-t-il vraiment le principe de sécurité juridique ?*, AJDA 2006, p. 897.
[383] CE ass., 13 juillet 2016, *M. A. c/ Ministre de l'économie et des finances*, n° 387763, Rec. p. 240.

attaquée. En effet, la lecture a contrario de ce principe amenait à considérer qu'en l'absence d'indication des voies et délais de recours dans une décision rendue par l'Administration, le délai de recours ne commençait jamais à courir[384].

Dans l'arrêt cité, le Conseil d'État n'hésite pas entre les formules pour qualifier la sécurité juridique et choisit le terme de « principe ». En outre, il rappelle que l'un des aspects que recouvre ce principe réside dans l'impossibilité de la remise en question de situations juridiques durables sans condition de délai. Cette étape de définition du principe, nous l'avons soulevé précédemment, manquait dans l'arrêt de 2006 et nous faisait douter du caractère solennel de la consécration de la sécurité juridique en tant que principe.

Enfin, en recourant à l'expression « fait obstacle à », le juge administratif oppose non seulement le principe de sécurité juridique aux dispositions règlementaires concernées mais le fait même primer en l'espèce sur celles-ci (en l'occurrence, des dispositions issues des Codes des tribunaux administratifs et de justice administrative).

Certes, d'aucuns pourraient arguer que le juge administratif le faisait déjà en 2006 mais comme nous l'avons déjà évoqué, l'opposition était bien moins claire à notre sens : lorsque, dans son considérant de principe, le juge estimait « *qu'il incombe à l'autorité investie du pouvoir réglementaire d'édicter, pour des motifs de sécurité juridique, [des] mesures transitoires* », il ne fait allusion à aucun principe et se contente finalement de compléter, comme le soulevait F. MELLERAY[385], sa jurisprudence en soumettant l'édiction de mesures transitoires à l'influence de la sécurité juridique en tant que ligne directrice.

De plus, même lorsque dans le considérant suivant le juge évoque le principe de sécurité juridique, il n'est pas évident de dire que seul celui-ci permet de mettre à mal la disposition réglementaire visée, bien au contraire.

En somme, si nous considérons aujourd'hui que la sécurité juridique – aussi floue que soit sa délimitation – est bel et bien un principe général du droit, attribuer sa consécration en tant que telle à l'arrêt *KPMG* du 24 mars 2006 nous apparaît être le fruit d'un raisonnement partiellement erroné. Si cela ne change en rien l'existence du principe, il nous apparaissait opportun de rectifier ici une lecture trompeuse de l'arrêt *KPMG*. La reconnaissance par le Conseil d'État de la valeur constitutionnelle du principe de sécurité juridique en revanche date d'un

[384] Il est intéressant de préciser qu'une autre théorie du droit public, la théorie de la connaissance acquise, vient compléter cette interprétation puisque dans un arrêt 13 mars 1998, *Madame Mauline*, le Conseil d'État avait estimé que la connaissance acquise d'une décision ne valait pas connaissance des voies et délais de recours.
[385] MELLERAY (F), *op.cit.*

arrêt du 21 janvier 2015[386] et ne laisse place à aucune ambiguïté ; le juge administratif la fonde sur l'article 16 de la Constitution.

Le besoin de sécurité juridique entraîne de nombreuses conséquences juridiques et soulève des questions toutes aussi nombreuses. Pour reprendre les mots du Professeur F. POLLAUD-DULIAN : « [*Ce besoin*] est souvent présenté comme l'un des objectifs qui doivent inspirer le législateur et le juge »[387]. L'une des problématiques fondamentales engendrées par ce rôle attribué à la sécurité juridique a pu être soulevée dans un arrêt du 21 mars 2000 par la Cour de cassation[388] : la question de la mise en balance entre la sécurité juridique, principe au contenu très large, et l'impératif nécessaire au bon fonctionnement du système juridique : l'adaptabilité de la règle de droit. C'est précisément de ce point de vue que la relation entre le silence de l'Administration et la sécurité juridique mérite que l'on s'y intéresse plus en détail.

Comme nous l'avons vu, la sécurité juridique en droit public français est souvent associée – pour cause – à la théorie de la non-rétroactivité des actes juridiques et des droits acquis (notamment en matière contractuelle) ainsi, comme le souligne B. PACTEAU, qu'au domaine de la forclusion contentieuse[389]. Cela s'entend du fait que la préoccupation concrète du principe de sécurité juridique est de veiller à garantir une certaine stabilité du droit – et donc une prévisibilité de celui-ci –, et notamment des situations juridiques des justiciables.

Cependant, il n'est pour ainsi dire jamais mis en parallèle avec le mécanisme de la décision implicite, a fortiori d'acceptation, ce qui peut sembler curieux tant la loi de 2013[390] a fait couler d'encre à son propos. En effet pourtant, de la procédure d'adoption de la loi à son application concrète, nombreux sont les exemples d'un principe de sécurité juridique mis à mal.

Il nous apparaît donc opportun de saisir l'occasion pour étudier plus amplement la manière dont sécurité juridique et décision implicite d'acceptation parviennent à cohabiter.

B. Des impératifs de sécurité juridique opposés aux tendances liées au silence

Nous venons de le mentionner, le premier (et sans doute le plus fondamental) des impératifs de la sécurité juridique concerne la stabilité du droit. Comme le rappelle d'ailleurs PH. RAIMBAULT dans sa thèse, « la stabilité des règles de droit est probablement une des qualités

[386] CE, 21 janvier 2015, *EURL B*, n° 382902, AJDA 2015, p. 880 note Éveillard.
[387] POLLAUD-DULIAN (F.), *À propos de la sécurité juridique*, RTD Civ., 2001, p. 487.
[388] Civ. 1ère, 21 mars 2000, Bull. civ. I, n° 97, p. 65.
[389] PACTEAU (B.), *La sécurité juridique, un principe qui nous manque ?*, AJDA 1995, p. 151.
[390] Loi n° 2013-1005 du 12 novembre 2013 habilitant le Gouvernement à simplifier les relations entre l'administration et les citoyens, voir : JORF n°0263 du 13 novembre 2013, p. 18407.

principales de la sécurité juridique »[391]. Certains auteurs – notamment A. BRIMO et J. CARBONNIER[392] – considèrent même ce critère de stabilité comme étant inhérent au droit, une opinion que nous nous permettrons de nuancer au cours de ce paragraphe. Jean BOULOUIS va même jusqu'à écrire de la sécurité juridique que « *la formule sonne en effet comme une sorte de redondance, tant il paraît évident qu'un droit qui n'assurerait pas la sécurité des relations qu'il régit cesserait d'en être un. Imagine-t-on un droit qui organiserait l'insécurité, ou même qui la rendrait possible ?* »[393]

Cependant, la stabilité du droit n'est pas la seule composante de la sécurité juridique, ce qui la rend encore plus complexe à appréhender qu'elle ne l'est déjà. En effet, s'il est communément admis que la sécurité juridique commande avant tout la stabilité du droit, elle tend également à assurer la prévisibilité de celui-ci. On trouve des illustrations de ce caractère de la sécurité juridique dans la jurisprudence de la Cour de cassation notamment, qui juge par exemple que « *les éventuels manquements d'un notaire à ses obligations professionnelles ne peuvent s'apprécier qu'au regard du droit positif existant à l'époque de son intervention, sans que l'on puisse imputer à faute de n'avoir pas prévu une évolution ultérieure du droit* »[394]. La sécurité juridique entretient donc un rapport à la fois avec le passé et avec l'avenir, la conjonction des deux réalisant le présent.

Enfin, de la part des administrés, la sécurité juridique postule la connaissance du droit[395] ; il ne peut en effet y avoir de sécurité juridique des administrés sans connaissance préalable des règles. Cela implique concrètement de la loi qu'elle soit « claire » et « intelligible »[396], objectifs a priori utopiques, sinon mal définis[397]. Sur ce dernier point, il est d'ailleurs intéressant de relever que le juge administratif – et le Conseil constitutionnel avant lui[398] – a dissocié à plusieurs reprises les objectifs de clarté et d'intelligibilité de la loi (qu'il qualifie

---

[391] RAIMBAULT (Ph.), *Recherche sur la sécurité juridique en droit administratif français*, thèse Toulouse I, 2002, dact., p. 41.
[392] A. BRIMO a pu écrire à ce propos que « *Le droit est conservateur par nature sinon par destination* » (voir : BRIMO (A.), *Réflexions sur le temps dans la théorie générale du droit et de l'État*, in *Mélanges offerts à Pierre Hébraud*, 1981, p. 145-164, spéc. p. 163).
De la même manière, J. CARBONNIER reconnaissait que « *Le statu quo est dans la nature du droit. Rien n'est plus naturel aux bornes que de ne pas bouger* » (voir : CARBONNIER (J.), in *Essais sur les lois*, Répertoire du notariat Defrénois, Paris 1995, p. 198).
[393] BOULOUIS (J.), *Quelques observations à propos de la sécurité juridique, Du droit international au droit de l'intégration*, Liber amicorum, Pierre Pescatore, Nomos Verlag, 1987, p. 53.
[394] Cass., Civ. 1ère, 25 novembre 1997, Bull. civ. I, n° 328, p. 222 ; RTD civ. 1998 (1), p. 210, obs. N. Molfessis.
[395] Ce que T. PIAZZON considère comme l'impératif d'« accessibilité » (Voir : PIAZZON (TH.), *La sécurité juridique*, thèse Paris II, Defrénois, 2009, 638 p.).
[396] C. Cons., Décision n° 2001-455 DC, 12 janvier 2002, *Loi de modernisation sociale*, cons. 9.
[397] FLÜCKIGER (A.), *Le principe de clarté de la loi ou l'ambiguïté d'un idéal*, Cahiers du Conseil constitutionnel n° 21, Dossier : La normativité, janvier 2007.
[398] Cons. Const., n° 2005-514 DC, 28 avr. 2005, cons. 14.

d'objectifs à valeur constitutionnelle) du principe de sécurité juridique[399]. Cela signifierait donc que ces deux objectifs, participant pourtant de la définition de la sécurité juridique (l'on pourrait ajouter : de manière essentielle) auraient une valeur supérieure au principe de sécurité juridique qu'ils composent. La conséquence de ce constat serait potentiellement une portée encore plus relative de la sécurité juridique, les deux objectifs sus-mentionnés étant sans doute les éléments les plus fondamentaux de la définition étant donné la valeur qui leur est octroyée. Cela étant, nous nous arrêterons pour le moment à ce simple constat qui n'intéresse que de loin la présente réflexion.

Il est enfin possible d'achever cette analyse en reprenant l'idée de PH. RAIMBAULT[400] selon laquelle la sécurité juridique comporte non seulement, comme nous venons de l'exposer, une dimension temporelle mais aussi une dimension territoriale, spatiale à trouver dans la recherche d'uniformisation du droit sur le territoire national. Il ajoute que chacune de ces dimensions apporte « un minimum de repères et de certitudes » mais que cela s'avère toujours insuffisant pour « établir une parfaite sécurité juridique »[401].

Il devient alors intéressant de reprendre ces composantes de la sécurité juridique et de les confronter au silence (positif) de l'Administration afin de mettre en exergue les contradictions existantes régissant le rapport entre ces deux notions.

1) Le silence-acceptation et l'objectif de stabilité du droit

Nous l'avons évoqué, la stabilité devrait être l'une des principales caractéristiques de la règle de droit, même si les faits tendent à remettre en question ce point de vue. La raison à cela est d'abord étymologique et conceptuelle dans la mesure où l'État nous vient du terme latin *status* (lui-même dérivé du verbe *stare*) signifiant « se tenir debout » ou « position » ; la règle de droit vise précisément à réaliser cette stabilité. En effet, l'une des significations possibles de l'État, ainsi que l'écrit G. BURDEAU, peut être *« l'ensemble des pouvoirs d'autorité et de contrainte collective que la nation possède sur les citoyens et les individus en vue de faire prévaloir ce qu'on appelle l'intérêt général, et avec une nuance éthique le bien public ou le bien commun »*[402].

Le droit permet donc à l'État de se réaliser dans un but de protection de l'intérêt général : si le système juridique est instable, l'État est instable et l'intérêt général est en péril. Cela ne signifie évidemment pas pour autant que la règle de droit est immuable car si tel était le cas, la recherche de sécurité juridique n'engendrerait pas les mêmes problématiques : aujourd'hui,

[399] Voir notamment les arrêts : CE, 21 décembre 2018, n° 410187 ; CAA de PARIS, 3ème chambre, 18 décembre 2018, n° 17PA01164 ; CE, 14 juin 2018, n° 411861.
[400] RAIMBAULT (PH.), *op. cit.*, p. 157.
[401] RAIMBAULT (PH.), *op. cit.*, p. 625.
[402] BURDEAU (G.), *Traité de science politique*, Tome II : *L'État*, 3ème édition, Paris, LGDJ 1980, 733 p.

l'objectif de sécurité juridique est certes pris en compte par le législateur en amont de la création de la loi, mais également et surtout par le juge lors de changements de situations juridiques, ce qui devient inutile lorsque la règle ne change jamais, ou de manière suffisamment lente pour pouvoir être tout le temps prévisible[403].

En outre, afin d'illustrer la complexité des rapports entre les différents principes et objectifs cités préalablement, il existe dans le domaine des actes administratifs un principe de mutabilité[404] permettant aux personnes publiques assurant ou assumant une mission de service public de modifier la mise en œuvre de celui-ci afin de l'adapter aux évolutions de faits ou de droit. Dans ce cas précis, une entorse est faite (et tolérée) à l'impératif de stabilité du droit au nom de l'intérêt général. Il est donc intéressant de relever que l'intérêt général peut aussi bien faire prévaloir la stabilité juridique[405] qu'y déroger en fonction des circonstances.

PH. RAIMBAULT écrit d'ailleurs à ce sujet que l'existence d'un équilibre est nécessaire entre mutabilité et sécurité juridique[406], affirmation que nous tenons ici à nuancer.
En effet la sécurité juridique ne serait-elle pas plutôt le résultat de cet équilibre ? Ou en tout cas le point d'équilibre à rechercher entre mutabilité et stabilité ? Comme nous l'avons soulevé dans le paragraphe précédent, le difficile équilibre de la relation entre le principe de mutabilité des actes administratifs (que l'on peut étendre, pour les besoins de la démonstration, à la règle de droit de manière générale, la mutabilité devenant alors non pas un principe mais une caractéristique du droit) et l'impératif de stabilité du droit prôné par le principe de sécurité juridique tient dans le fait que les deux visent à protéger ou à faire prévaloir l'intérêt général. Sauf que dans le premier cas, la sécurité juridique se retrouve mise en péril alors que dans le second, c'est tout l'inverse. La mutabilité du droit et de la règle de droit plus spécifiquement, que certains auteurs considèrent comme étant tout aussi essentiel que la stabilité dans certains cas[407], est par essence facteur de risque pour la sécurité juridique dans la mesure où un changement

[403] Cette hypothèse peut amener à réfléchir, dans une moindre mesure, sur le processus de codification à droit constant et le phénomène de cristallisation du droit que cela entraîne. Cependant nous nous abstiendrons d'en discuter ici dans la mesure où cette question sort du périmètre de notre sujet.
[404] Principe découvert dans l'arrêt CE, 10 janvier 1902, *Compagnie nouvelle du gaz de Deville-lès-Rouen,* S., 1902, III, p. 17, note Hauriou.
[405] Il apparaît nécessaire de nuancer le propos : il est vrai que la stabilité juridique est souvent évoquée pour désigner des situations individuelles, donc des droits acquis, ce qui n'existe pas à propos du service public ; il n'existe pas de droit acquis au maintien du fonctionnement.
[406] RAIMBAULT (PH.), *Recherche sur la sécurité juridique en droit administratif français*, thèse Toulouse I, 2002, dact., p. 125.
[407] PORTALIS (J.), *Discours préliminaire du premier projet de Code civil*, prononcé le 21 janvier 1801, éd. Confluences, 2004, 78 pp., spéc. p. 29 : « *Il faut changer, quand la plus funeste de toutes les innovations serait, pour ainsi dire, de ne pas innover* ».

qui ne serait pas suffisamment préparé en amont entraînerait des effets incertains et imprévisibles, ce contre quoi est censé lutter le droit[408]. Pour autant, « l'immutabilité est une des définitions possibles de la mort. […] L'insécurité fait partie elle aussi du droit »[409]. Si la stabilité de la norme juridique doit être une préoccupation fondamentale du législateur et du juge, il reste que l'excès dans un sens comme dans l'autre n'est jamais souhaitable. C'est dans cet entre-deux que se réalise selon nous la sécurité juridique ; la norme ne doit pas être immuable, tout comme elle ne doit pas être trop volatile. C'est donc la recherche de préservation de l'intérêt général qui permet alors de trouver cet équilibre et donc de faire pencher la balance du côté de la mutabilité du droit ou de celui de la sécurité juridique.

Finalement, dans la manière dont il définit cette recherche d'équilibre, PH. RAIMBAULT assimile la sécurité juridique à une seule des trois dimensions qui la composent[410] : la stabilité du droit. Or, comme il l'explique lui-même[411], la sécurité juridique impose également au droit qu'il soit prévisible dans son évolution. Cet impératif de prévisibilité est d'ailleurs selon nous l'élément le plus fondamental dans la définition actuelle de la sécurité juridique étant donné la rapidité avec laquelle évolue la norme juridique aujourd'hui (notamment du fait de l'importante production normative)[412].

Cette entame concernant la sécurité juridique nous paraissait nécessaire afin de mieux saisir tous les enjeux de cette problématique une fois confrontée au silence positif de l'Administration.

Nous avons commencé à esquisser les contours de la démonstration suivant laquelle l'impératif de stabilité recherché par le principe de sécurité juridique se réalise par l'atteinte d'un équilibre entre protection de l'intérêt général et protection des intérêts particuliers, le premier devant néanmoins toujours primer sur le second. C'est précisément sur ce point que le mécanisme du silence-acceptation pose problème d'un point de vue autant conceptuel que pratique ; celui-ci est en contradiction totale avec les objectifs prônés par la sécurité juridique.

Contrairement à la décision implicite de rejet, le silence-acceptation vise – de manière indirecte ou non – la satisfaction des intérêts particuliers avant celle de l'intérêt général. Alors

---

[408] Voir : BOULOUIS (J.), *Quelques observations à propos de la sécurité juridique, Du droit international au droit de l'intégration*, Liber amicorum, Pierre Pescatore, Nomos Verlag, 1987, p. 53 (« *un droit qui n'assurerait pas la sécurité des relations qu'il régit cesserait d'en être un* »).

[409] HUGLO (J.-G.), *Dossier : Le principe de sécurité juridique*, Cahiers du Conseil constitutionnel, n°11, décembre 2001. [En ligne] : https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/le-principe-de-clarte-de-la-loi-ou-l-ambiguite-d-un-ideal.

[410] Voir *supra*, p. 124 et s.

[411] RAIMBAULT (Ph.), *op. cit.*, p. 127.

[412] Selon les statistiques de l'activité parlementaire disponibles sur le site officiel de l'Assemblée Nationale, sur la session s'étendant du 1er octobre 2017 au 31 mai 2018, 44 lois ont été promulguées (soit 5,5 lois promulguées par mois sur une période de huit mois).

qu'initialement, la création (puis la généralisation) du mécanisme de la décision implicite s'accordait avec les fondements – holistes – de la sécurité juridique, l'évolution récente tend à montrer qu'elle s'en éloigne progressivement.

Le fait est qu'une décision d'acceptation quel que soit son mode (explicite ou implicite) modifie l'ordonnancement juridique et, partant, présente le risque de rompre un équilibre préalablement établi, mettant ainsi à mal la sécurité juridique. De manière générale, la décision d'acceptation est donc l'ennemie naturelle de la sécurité juridique car elle octroie des droits à un ou un groupe d'individus, nommément désignés, faisant ainsi prévaloir leurs intérêts particuliers sur l'intérêt général[413].

Dans la théorie donc, le risque d'atteinte à la sécurité juridique découle donc directement du caractère positif d'une décision administrative, cependant, il s'agit d'un risque contrôlé en amont : lors de la prise de décision, le risque est évalué. Cela n'existe logiquement pas lorsqu'une décision présente un caractère implicite. C'est donc bien dans le caractère implicite de la décision que se situe le nœud du problème dans la relation contradictoire entre sécurité juridique et décision implicite d'acceptation.

Du point de vue du principe de sécurité juridique, le potentiel caractère implicite d'une décision administrative la rend, selon nous, risquée au regard du système juridique actuel. C'est-à-dire qu'il existe une incompatibilité insoluble en l'état entre le principe de sécurité juridique tel que défini par le juge administratif et la possibilité laissée à l'Administration de rendre une décision positive de manière implicite, donc sans contrôle préalable de l'équilibre entre intérêt général et intérêts particuliers. Le maintien volontaire de cette situation entre deux concepts juridiques pourtant construits sur des fondements inaccordables rend la décision implicite d'acceptation inadaptée, au moins du point de vue précédemment évoqué.

C'est pourquoi nous nous rallions d'ailleurs sur ce point à l'opinion de PH. RAIMBAULT qui estime qu'il est nécessaire de renforcer la dimension individuelle de la sécurité juridique afin de renforcer la légitimité du système juridique[414].

2) Le silence-acceptation et l'objectif de prévisibilité du droit

La plupart des arguments avancés dans le paragraphe précédent valent concernant le rapport entre décision implicite d'acceptation et respect de l'impératif de prévisibilité ; l'absence de contrôle de l'Administration sur des décisions modifiant l'ordonnancement juridique ne permet pas de garantir de manière suffisamment satisfaisante la prévisibilité du droit.

[413] Notons que dans la pratique, faire primer l'un n'entraîne pas nécessairement des conséquences négatives pour l'autre. L'octroi de droits à un individu ne nuit pas toujours à l'intérêt général. Il s'agit ici davantage de considérations théoriques.
[414] RAIMBAULT (Ph.), *Recherche sur la sécurité juridique en droit administratif français*, *op. cit.*

Néanmoins, à ces arguments s'ajoute ici celui relatif à l'information des tiers, l'un des points de discorde majeurs de la dernière réforme de 2013 sur la décision implicite d'acceptation[415].
Le manque de garanties des tiers face à l'apparente généralisation du sens positif donné au silence de l'Administration mérite que l'on s'y intéresse de plus près.

À ce sujet, O. BEN-ATTAR écrit : « *L'exigence de sécurité juridique a également conduit le législateur de 2013 à encadrer la question essentielle de l'information des tiers de manière préventive puisque l'administration devra faire en sorte qu'ils soient informés du dépôt de la demande et de la date à laquelle la décision sera réputée acceptée* »[416]. Sans plus d'autres précisions sur cet encadrement de l'information des tiers de « manière préventive » de la part de l'auteur, il est nécessaire de se référer à la loi elle-même. Cela permet alors de constater que le législateur lui-même n'est pas nécessairement plus au fait des modalités précises de l'information des tiers. L'article 1, 3° de la loi de 2013 dispose en effet que « l'article 22 est ainsi rédigé : '*Dans le cas où la décision demandée peut être acquise implicitement et doit faire l'objet d'une mesure de publicité à l'égard des tiers lorsqu'elle est expresse,* ***la demande est publiée par les soins de l'administration****, le cas échéant* ***par voie électronique****, avec l'indication de la date à laquelle elle sera réputée acceptée si aucune décision expresse n'est intervenue*' ». Si la procédure semble claire et réfléchie dans le texte, nous constatons qu'il est extrêmement difficile d'avoir accès à ces publications. Après avoir parcouru les sites officiels de chaque ministère et d'un certain nombre de mairies, il nous a été simplement impossible de trouver la moindre trace d'une telle publication par voie électronique[417]. Si de telles publications existent, leur découverte requiert selon nous beaucoup trop de temps. Sans compter qu'aucun des décrets d'application de la loi de 12 novembre 2013 n'indique le ou les endroits où trouver une telle information. Du point de vue de l'administré, profane du droit, l'obstacle est de taille.

Partant de ce constat, il semble que l'impératif de prévisibilité du droit ne soit pas respecté.

[415] Voir : Loi n° 2013-1005 du 12 novembre 2013 habilitant le Gouvernement à simplifier les relations entre l'administration et les citoyens.
[416] BEN-ATTAR (O.), *Entrée en vigueur du nouveau principe « silence vaut acceptation »*, Civitas Europa, n° 33, 2014/2, pp. 247-252.
[417] Nous avons effectué ces recherches en 2018 pour la première fois, en 2020 pour la dernière, sans plus de succès.

3) Le silence-acceptation et la question de l'accessibilité de la loi

La difficulté liée à cet impératif d'accessibilité concerne la subjectivité de sa délimitation. Autant la stabilité et la prévisibilité sont des concepts simples à appréhender, autant l'accessibilité se comprend facilement mais est plus difficile à définir de manière objective.

Certes, il est possible de dire que l'accessibilité suppose une dimension matérielle (à savoir un accès facilité aux sources du droit pour tout individu) et un facteur de lisibilité[418]. G. KOUBI a d'ailleurs défini celui-ci comme « *la qualité d'un texte qui peut être lu promptement, assimilé facilement, dont les éléments essentiels sont identifiés et simplement retenu*s »[419]. L'inconvénient de ces définitions reste probablement leur simplisme ; les adverbes employés dans la définition de G. KOUBI se comprennent très facilement mais manquent de substance. Comment faire en sorte qu'un texte puisse être lu *promptement* ou être assimilé *facilement* ? Si ce n'est pas le rôle de l'analyse doctrinale de donner des définitions pragmatiques des sujets auxquels elle s'attache, elle doit selon nous cependant chercher à les définir le plus complètement possible. En l'occurrence, le fait qu'un texte puisse être lu promptement doit-il relever de sa longueur ? De la simplicité des termes le composant ? La même question peut être posée pour ce qui concerne la capacité d'un texte à être assimilé facilement.

De cette première critique peut sans doute découler la seconde visant plus particulièrement le problème de l'identification du destinataire de cette définition : qui doit être capable de repérer les éléments essentiels d'un texte ? De les retenir simplement ? La loi s'adresse à tous les individus d'un territoire donné, donc elle devrait être accessible à tous ces mêmes individus[420]. De ce point de vue, il n'apparaît pas pertinent de définir l'accessibilité en la basant sur des critères aussi variables et dépendants du public concerné. Cependant, il est également vrai de dire qu'il est impossible de prétendre à une accessibilité universelle du droit. Une fois de plus, il est question de chercher à atteindre un point d'équilibre.

Enfin, la dernière question soulevée par l'impératif d'accessibilité du droit réside dans le fait de savoir si la loi peut vulgariser le droit sans en ôter la substance ? En effet, si la loi doit être la plus claire et intelligible possible, le droit demeure une matière intrinsèquement riche et complexe. Le risque n'est-il donc pas de voir des lois tomber dans l'excès inverse et devenir

---

[418] PIAZZON (Th.), *La sécurité juridique*, thèse Paris II, Defrénois, 2009, 638 p.
[419] KOUBI (G.), *Lire et comprendre : quelle intelligibilité de la loi ?*, in *Le titre préliminaire du Code civil*, sous la direction de G. FAURÉ et G. KOUBI, Economica, t. 16, 2003, p. 215 et s., spéc. p. 227.
[420] Il est d'ailleurs intéressant de relever qu'il existe ici un paradoxe insoluble dans la mesure où la loi s'applique dans les mêmes proportions à tous les individus concernés (car nul n'est censé ignorer la loi), or l'accessibilité du droit ne peut concerner que le plus grand nombre, qui ne coïncidera jamais avec la totalité. Cela est lié au fait que la loi, qu'elle soit comprise ou non, s'impose à tous les membres d'une société donnée. Or, l'accessibilité est un critère éminemment subjectif puisqu'il se définit principalement par son sujet : une loi ne pourra jamais être accessible à tous puisque les degrés d'accessibilité de celle-ci ne pourront pas être les mêmes pour chaque individu.

simplistes et incomplètes ? Pour citer G. ÉVEILLARD : « *Une bonne Constitution doit, selon Bonaparte, être courte et obscure. Si le droit a perdu de vue la brièveté, il a en revanche gagné en obscurité. Certes, la clarté du droit est un rêve irréaliste, l'appel a la simplicité n'étant pas dépourvu de relents démagogiques : les situations de fait étant souvent complexes, il apparaît utopique de les faire régir par un droit simple. […] Il existe néanmoins un juste milieu […]* »[421].

Il n'est pas question de traiter ici ces sujets, aussi passionnants soient-ils, mais il nous semblait néanmoins pertinent de les évoquer afin de montrer la complexité sous-jacente du facteur d'accessibilité, qui peut pourtant paraître relativement simple à appréhender.

L'objet qui retient notre intérêt cependant concerne, assez naturellement, la décision implicite et son articulation avec cet impératif. Nous avons déjà pu voir que le silence de l'Administration se heurte à deux des impératifs composant la sécurité juridique, la stabilité et, dans une moindre mesure, la prévisibilité. Comme nous allons le démontrer, l'accessibilité ne fait pas exception.

De manière générale, la loi de 2013 concernant le silence de l'Administration semble cumuler un grand nombre des tares qu'une loi puisse présenter, de sa conception à sa mise en œuvre, et ne fait notamment pas office de modèle lorsqu'il s'agit d'évoquer l'accessibilité de cette dernière.
Si l'on étudie dans l'ordre les deux composantes de l'accessibilité selon T. PIAZZON[422], à savoir la lisibilité et l'accessibilité matérielle, il est possible de se rendre compte que la loi de 2013, si elle pose surtout question au regard de sa lisibilité, elle interroge également quant à l'accessibilité matérielle, non pas de la loi elle-même, mais du mécanisme qu'elle met en place.

Ainsi, concernant la lisibilité, notion des plus vagues comme nous l'avons évoqué dans le développement précédent, il est éventuellement possible d'admettre que cette loi ne pose pas de problème particulier pour la compréhension des principes qu'elle pose. En tout cas si l'on s'arrête à une lecture littérale. Car en effet, une lecture plus en détail des dispositions qu'elle contient permet déjà de remettre en question sa lisibilité.

La loi de 2013 dispose dans son premier article[423] que : « l'article 21 est ainsi rédigé : *Le silence gardé pendant deux mois par l'autorité administrative sur une demande vaut décision d'acceptation. – La liste des procédures pour lesquelles le silence gardé sur une demande vaut décision d'acceptation est publiée sur un site internet relevant du Premier ministre. Elle*

[421] ÉVEILLARD (G.), *Intelligibilité et simplification du droit*, RFDA 2013, p. 713.
[422] PIAZZON (Th.), *La sécurité juridique*, thèse Paris II, Defrénois, 2009, 638 p.
[423] Voir l'article 1, I, 2° de la loi n° 2013-1005 du 12 novembre 2013 habilitant le Gouvernement à simplifier les relations entre l'administration et les citoyens.

mentionne l'autorité à laquelle doit être adressée la demande, ainsi que le délai au terme duquel l'acceptation est acquise ». Si la loi s'était arrêtée là, si l'on fait abstraction du fait qu'elle remplace un principe établi par une simple règle dont le champ d'application est fixé par une liste, sa clarté n'aurait pas été aussi critiquable.
Toutefois, la loi citée poursuit la réécriture de l'article 21 de la loi du 12 avril 2000[424] en ajoutant que : « *Le premier alinéa n'est pas applicable et, par dérogation, le silence gardé par l'administration pendant deux mois vaut décision de rejet :*
1° Lorsque la demande ne tend pas à l'adoption d'une décision présentant le caractère d'une décision individuelle ;
2° Lorsque la demande ne s'inscrit pas dans une procédure prévue par un texte législatif ou réglementaire ou présente le caractère d'une réclamation ou d'un recours administratif ;
3° Si la demande présente un caractère financier sauf, en matière de sécurité sociale, dans les cas prévus par décret ;
4° Dans les cas, précisés par décret en Conseil d'État, où une acceptation implicite ne serait pas compatible avec le respect des engagements internationaux et européens de la France, la protection de la sécurité nationale, la protection des libertés et des principes à valeur constitutionnelle et la sauvegarde de l'ordre public ;
5° Dans les relations entre les autorités administratives et leurs agents ».

Compte tenu de ce qui précède, et également de la dernière exception prévue par la loi de 2013 permettant de déroger au « principe » du premier alinéa en fonction de l'objet de la décision ou pour des raisons de bonne administration (sans plus de précision)[425], il convient de reconnaître que si la forme est claire et didactique, le résultat au fond, lui, prête à confusion du fait du grand nombre d'exceptions. Le principe se retrouve finalement noyé au milieu des exceptions.

Finalement, pour une lisibilité optimale de la loi de 2013, il semble qu'il aurait mieux valu exprimer l'exact inverse. Car concrètement, la loi exprime un principe simple, inverse au précédent qu'elle réécrit[426], en établissant un tel nombre d'exceptions déjà dans le texte qu'il

[424] Voir : loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations.
[425] Le II de l'article 21 de la loi du 12 avril 2000 dispose que : « *Des décrets en Conseil d'État et en conseil des ministres peuvent, pour certaines décisions, écarter l'application du premier alinéa du I eu égard à l'objet de la décision ou pour des motifs de bonne administration. Des décrets en Conseil d'État peuvent fixer un délai différent de celui que prévoient les premier et troisième alinéas du I, lorsque l'urgence ou la complexité de la procédure le justifie* ».
[426] Sur ce point, l'article 21 de la loi du 12 avril 2000 disposait que « *Sauf dans les cas où un régime de décision implicite d'acceptation est institué dans les conditions prévues à l'article 22, le silence gardé pendant plus de deux mois par l'autorité administrative sur une demande vaut décision de rejet* ».

est difficile de ne pas se poser la question du but de celle-ci. Cela étant certains auteurs considèrent finalement que le fait pour ce nouveau « principe » de ne pas être une réalité demeure une bonne chose[427].

Dans les faits, la balance du principe avec ses exceptions reste sensiblement la même qu'avant la réforme, les cas de silence-rejet sont toujours les plus nombreux. Cela étant, nous serons amenés à nuancer cette opinion par la suite[428] dans la mesure où si la situation ne change pas de fait après l'entrée en vigueur de la loi de 2013, l'ouverture provoquée par celle-ci reste un risque pour l'avenir.

En outre, concernant l'accessibilité matérielle, il ressort de l'application de la loi de 2013 que si l'accès au tableau répertoriant les cas pour lesquels le silence de l'Administration vaut acceptation (par le biais du site Légifrance) en lui-même n'était pas difficile avant la refonte du site, le lien dirigeant vers le tableau n'était pas spécialement en vue et surtout, la recherche au sein du tableau se faisait de manière relativement laborieuse. Les exceptions étaient encore moins accessibles dans la mesure où, si elles se trouvaient au même endroit du site que le tableau précédent, elles étaient présentées sous la forme de liens hypertexte redirigeant vers les décrets qui en sont à l'origine.

Cette présentation nouvelle du principe laissait donc perplexe quant au respect de la condition d'accessibilité matérielle. Cependant, il convient de préciser que le site Légifrance a été refondu pendant la rédaction de la présente recherche, les tableaux laissant leur place à un moteur de recherche bien plus accessible[429]. Toutefois, si l'accès est facilité, il devient désormais impossible d'accéder à une vue d'ensemble des procédures rejet[430] : la barre de recherche fonctionne par mots-clés, de manière classique, mais les résultats affichés ne tiennent compte que des cas pour lesquels le silence vaut acceptation ; le site indique que « si la recherche par mot-clé ne donne pas de résultat ou si la démarche ne figure pas dans les résultats proposés, le silence gardé par l'administration *peut* valoir décision de rejet » avant d'ajouter que « pour davantage de précision, il convient de se rapprocher de l'administration chargée de l'instruction de la demande ou de consulter les dispositions légales et réglementaires en vigueur ».

Si l'effort de clarification est louable, il nous semble qu'il aurait été préférable de conserver la présentation sous forme de liste, car si la recherche s'avère globalement plus facile

---

[427] Voir : SEILLER (B.), *Quand les exceptions infirment (heureusement) la règle : le sens du silence de l'administration*, RFDA 2014, p. 35.

[428] Voir *infra*, p. 219 et s.

[429] Le site Légifrance propose désormais un lien redirigeant vers le site : https://www.service-public.fr/demarches-silence-vaut-accord

[430] Les procédures pour lesquelles le silence vaut acceptation peuvent être affichées en intégralité. Il est seulement étrange voire regrettable que cette liste ne réponde à aucun ordre particulier et affiche les résultats en « vrac ». Il reste cependant possible de filtrer les démarches par personne publique concernée (État, collectivités territoriales ou autres organismes publics), par Code ou par Ministère.

désormais grâce au moteur de recherche, la présentation sous forme de listes demeure, à la différence que l'accès à certaines informations a disparu (notamment l'accès aux décrets prévoyant les exceptions au silence-acceptation).

§2. L'impact difficilement mesurable du principe de sécurité juridique

Après tout ce qui vient d'être dit, une réalité demeure : celle qui fait de la sécurité juridique un principe à l'impact difficilement mesurable en pratique faute d'une définition légale, réglementaire ou même jurisprudentielle clairement établie, même si nous pourrons nuancer ce propos en constatant certaines évolutions récentes tendant à faire primer le principe de sécurité juridique dans ses rapports à d'autres principes juridiques, tels que le principe de légalité (lui-même étudié dans la section suivante).

La principale difficulté provient du fait que la sécurité juridique en tant que principe résulte davantage d'un objectif vers lequel doit tendre le législateur lorsqu'il fabrique la loi (et dans la mesure où il doit veiller au respect de son application, le juge) qu'un principe juridiquement sanctionné (dans le sens de sanction-punition). De manière générale, elle « implique que les citoyens soient, sans que cela appelle de leur part des efforts insurmontables, en mesure de déterminer ce qui est permis et ce qui est défendu par le droit applicable »[431].

En revanche, de nombreux principes découlant de celui-ci ont un impact directement constatable, à l'instar du principe de non-rétroactivité des actes administratifs, du respect des droits de la défense ou encore de l'intangibilité des droits acquis[432]. Ce faisant, il serait erroné de considérer que le principe de sécurité juridique ne possède qu'un impact relatif. En outre, la cohabitation entre les deux notions se trouve également facilitée par l'influence croissante des droits subjectifs sur le droit objectif **(B)**.

Toutefois, c'est également parce que la sécurité juridique se traduit de multiples manières en droit qu'elle n'entre pas en confrontation directement avec la fiction de la décision implicite **(A)**. Cette flexibilité du principe justifie en partie le fait que les risques posés par la décision implicite ne se voient pas nécessairement de prime abord.

[431] Voir : Rapport public du Conseil d'État, *Sécurité juridique et complexité du droit*, 2006, p. 281.
[432] Nous pouvons également citer l'exemple de l'impact de la sécurité juridique sur le régime des actes administratifs unilatéraux, notamment au regard de leurs règles de formation extrêmement encadrées sur ce plan (obligation de publication au JO, obligation de prendre des mesures transitoires…).

A. Une cohabitation rendue possible grâce à la flexibilité du principe de sécurité juridique

Aussi compliquée que soit la relation entre silence de l'Administration et principe de sécurité juridique sur le plan de la théorie, elle reste à nuancer sur le plan pratique. En effet, lorsque l'on étudie la jurisprudence du juge administratif, il est aisé de constater à quel point les références explicites au principe de sécurité juridique sont rares. Cela s'explique en grande partie par sa nature protéiforme, faisant qu'il se retrouve en essence dans de nombreux autres principes juridiques.

Néanmoins, il semble intéressant de chercher à observer le nombre de références explicites faites à la sécurité juridique dans la jurisprudence des Cours administratives d'appel et du Conseil d'État.

Ainsi il est possible de relever qu'à la date du 4 décembre 2020, seulement 3704 décisions de justice rendues par les juridictions de l'ordre administratif contiennent l'expression exacte de « sécurité juridique », sur une période allant de 1994 (*CAA de Bordeaux, 22 février 1994, n° 92BX00939*) à 2020 (*CAA de Marseille, 5ème chambre, 30 novembre 2020, n° 19MA05264*), dont 925 arrêts du Conseil d'État[433].

Si le chiffre peut objectivement sembler élevé, il est en réalité très faible si l'on tient compte non seulement de l'activité juridictionnelle totale sur cette période mais également du caractère supposément central de ce principe, a fortiori lorsqu'on s'intéresse au contentieux relatif aux décisions implicites : toujours à la date du 1er février 2019, le nombre de décisions rendues par la juridiction administrative et comprenant des moyens fondés sur la méconnaissance du principe de sécurité juridique par une décision implicite de l'Administration s'élève à 433 (dont 119 arrêts du Conseil d'État) entre 1997 (*CE, 28 mai 1997, n° 180726*) et fin 2020 (*CE, 27 novembre 2020, n° 434544*).

Il est également pertinent de relever que sur ce nombre, 259 requêtes ont été rejetées (dont 58 pour le Conseil d'État)[434]. On peut dès lors en déduire que l'opposition entre silence et sécurité juridique n'est sans doute pas aussi prégnante en pratique qu'elle ne l'est dans la théorie. Du moins, elle ne se manifeste pas avec autant de force que l'on serait tenté de croire[435].

---

[433] Source : www.legifrance.fr. À noter également que sur la totalité des décisions relevées, seules 309 figurent au recueil Lebon.

[434] Source : www.legifrance.fr

[435] Il apparaît toutefois pertinent de relever une augmentation de l'emploi explicite des termes « sécurité juridique » dans la jurisprudence du Conseil d'État depuis la décision "*Czabaj*" (CE, 13 juillet 2016, n° 387763, publié au Lebon avec les concl. ; AJDA 2016. 1479 ; *ibid.* 1629, chron. L. Dutheillet de Lamothe et G. Odinet ; AJFP 2016. 356, et les obs. ; AJCT 2016. 572, obs. M.-C. Rouault ; RFDA 2016. 927, concl. O. Henrard) et ses nombreuses extensions, dont la plus récente qui étend la solution dégagée dans l'arrêt "*Czabaj*" aux recours contre les actes non réglementaires pour lesquels la notification déclenche le délai de recours (CE, 25 septembre 2020, req. n° 430945, publié au Lebon).

Une des raisons que l'on peut avancer pour justifier et expliquer ce phénomène réside dans la différence de portées juridiques. En effet, comme nous l'avons déjà dit, du point de vue de la sécurité juridique, « pierre angulaire » de notre État de droit[436], le mode de la décision implicite est en effet source de risque, à la fois pour l'administré (notamment en ce qui concerne l'information des tiers et les régimes de retrait et d'abrogation des actes administratifs), mais parfois également pour l'Administration, auteure de la décision (soumise à un formalisme pouvant amener à faire courir les délais de recours contentieux de manière infinie). Nous reviendrons sur ces points plus loin dans la présente sous-partie.

Cela étant, la décision implicite n'est qu'une source d'insécurité juridique parmi d'autres. Nous avons pu le voir par le biais des statistiques, la décision implicite est loin de constituer l'essentiel du contentieux relatif à la méconnaissance du principe de sécurité juridique. Là encore, une explication peut être avancée : un autre principe se heurte de manière bien plus directe aux risques que présente potentiellement la décision implicite, le principe de légalité qui possède, nous le verrons dans la section suivante, une existence en droit administratif qui tend à effacer régulièrement le principe de sécurité juridique, du moins en ce qui concerne la décision implicite.

L'autre raison pouvant venir justifier l'impact relatif du principe de sécurité juridique – cette fois-ci de manière plus générale – est sans doute à trouver dans la définition relativement floue de son contenu.

Nous avons commencé plus haut à soulever un point intrigant au sujet de la définition prétorienne de la sécurité juridique, le juge administratif effectuant la distinction entre les objectifs à valeur constitutionnels de clarté et d'intelligibilité de la loi et le principe de sécurité juridique lui-même. La conséquence qu'emporte une telle logique, selon nous, est l'affaiblissement de la portée de la sécurité juridique. Certes le principe possède une aura juridique forte et toujours d'actualité, mais il apparaît également que sa définition, si large et englobante, nuit assez largement à son effectivité.

Une quatrième problématique aurait pu être étudiée ici, concernant l'absence de motivation obligatoire des décisions implicites de rejet, mais avons choisi de nous abstenir d'en faire mention dans cette section. En effet, l'absence de motivation d'une décision implicite est nuisible à la sécurité juridique dans la mesure où le destinataire d'un tel acte est, par la force des choses, soumis à un risque d'arbitraire de la part de l'Administration, et aurait de ce fait tout à fait trouvé sa place dans ces développements. Toutefois, ce choix délibéré est motivé par

[436] KESSEDJIAN (C.), *Le temps du droit au XXI siècle – Compatibilité avec la codification ?*, Les Cahiers de droit 2005, volume 46 (n° 1-2), p. 547–560, spéc. p. 554.

une étude ultérieure de cette question, au regard du principe de légalité, nous paraissant plus judicieuse.

1) La question de l'information des tiers dans le cadre de la décision implicite

Le premier obstacle à la sécurité juridique lorsque l'on s'intéresse à la décision implicite tient aux difficultés liées à l'information des tiers, a fortiori quand on focalise notre attention sur la décision implicite d'acceptation.

L'article L. 232-2 du Code des relations entre le public et l'administration dispose que : « Dans le cas où la décision demandée peut être acquise implicitement et *doit faire l'objet d'une mesure de publicité à l'égard des tiers lorsqu'elle est* ***expresse***, la demande est *publiée par les soins de l'administration*, le cas échéant ***par voie électronique***, avec l'indication de la date à laquelle elle sera réputée acceptée si aucune décision expresse n'est intervenue ».
Avant d'entrer dans le détail, il est nécessaire de faire le constat de la grande généralité de cette disposition. Si, à nouveau, elle semble claire sur la forme, le fond laisse à désirer. La condition initiale ne pose aucun problème de compréhension : si une décision expresse est soumise à des conditions de publicité, alors cette même décision, lorsqu'elle est acquise de manière tacite, doit être soumise aux mêmes exigences de publicité.

C'est dans la mise en œuvre concrète que les interrogations interviennent. Si l'on comprend bien qu'il incombe à l'administration saisie de la demande de la publier par voie électronique, on arrive moins bien à saisir la manière concrète dont cela s'effectue. Sans compter toutes les implications pratiques que cela sous-entend (matériel informatique, accès à internet, guidage et facilité d'accès).

Il s'avère qu'après des recherches poussées sur le sujet, il ressort que si ces publications se trouvent avec une relative facilité sur les sites gouvernementaux et sur ceux des collectivités territoriales (à condition de savoir ce que l'on cherche, ce qui semble logique, mais aussi de savoir *comment* chercher), il reste que le fait de laisser aux administrations concernées la liberté de choix quant à la forme et la plateforme de publication crée un manque d'harmonisation qui nuit quelque peu à l'efficacité des recherches.

Sans doute nous attardons-nous sur un point de détail loin d'être essentiel, néanmoins il semble que la publication par voie électronique se trouve être relativement hasardeuse et laisse perplexe quant aux efforts nécessités par les tiers pour être *effectivement* informés. Les arguments tirés de l'inégalité dans l'accès des individus à internet – qu'il s'agisse d'une inégalité matérielle ou géographique – sont de moins en moins tenables à mesure que l'on avance dans le XXI^{ème} siècle mais méritent quand même que l'on en fasse encore mention dans la mesure où il s'agit toujours d'une réalité dans certains cas.

Autre fait remarquable concernant l'information des tiers relative aux décisions implicites de rejet ou d'acceptation : il ne s'agit pas d'une problématique contemporaine du Code des relations entre l'Administration et public, ce qui n'empêche que les leçons semblent n'avoir pas été retirées des évolutions successives ayant amené à cette codification. En effet, si l'on s'intéresse par exemple aux discussions parlementaires autour du projet de loi relatif à l'amélioration des relations entre les administrations et le public adopté par l'Assemblée nationale le 16 janvier 1997[437], il ressort que c'est précisément l'un des points ayant retenu l'attention du Sénat. Il s'agissait davantage d'une problématique concernant les délais de recours contentieux en cas d'absence d'information des tiers (sujet que nous aborderons dans la sous-partie suivante) mais la commission[438] relevait toutefois que la rédaction initiale de l'article 6 du projet de loi étudié laissait subsister une faille que la jurisprudence *Ève*[439] avait tenté de combler, plus précisément dans les cas où l'administration n'aurait pas satisfait à l'obligation de publication de la décision lorsqu'elle est prévue par les textes, elle conservait la possibilité de retirer ladite décision à tout moment.

Il convient de faire remarquer que ce flottement, qui existe encore, autour de l'information des tiers représente un risque fort pour la sécurité juridique de ces derniers, à plus forte raison dans un contexte (dont le constat était déjà effectué en 1997[440]) d'expansion de la décision implicite. Ce constat est encore plus prégnant l'heure de la rédaction de cette thèse dans la mesure où la réforme de 2013 sur le silence tend selon nous – nous le verrons plus amplement en seconde partie – à exacerber le recours à la décision implicite, sans pour autant que des avancées concrètes aient été effectuées dans l'encadrement de l'information des tiers.

De manière générale, le délai de recours contre une décision administrative ne peut être déclenché que par « la mesure officielle d'information qui en est donnée et qui se concrétise, soit par sa publication ou son affichage, soit par sa notification ; — soit, s'agissant spécialement du délai de déféré préfectoral contre les actes soumis à transmissions, par la transmission de ces actes au préfet »[441]. CHAPUS précise que ces mesures « ne provoquent le déclenchement du délai que si elles assurent une information *suffisante*, permettant aux intéressés d'apprécier si et en quoi il y a pour eux matière à contestation »[442]. Le problème reste évidemment que la

[437] Voir : AMOUDRY (J.-P.), Rapport n° 218 : Amélioration des relations administration-public.
[438] La commission des Lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale.
[439] CE, 14 novembre 1969, *Sieur Ève,* n° 74930.
[440] Le rapport n° 218 relatif aux relations public-administration évoquait : « Cette situation, que la jurisprudence Ève consacrant le dessaisissement de l'administration avait pour objet d'éviter afin que l'autorité administrative ne puisse se ménager une possibilité de retrait en s'exonérant des formalités de publicité, *est aggravée dans le contexte du projet de loi qui prévoit la multiplication des cas de décisions implicites d'acceptation* ».
[441] CHAPUS (R.), *Droit administratif général*, Montchrestien, Tome 1, 15 éd., 2001, 1012 s.
[442] *Ibid.*

décision implicite, par définition, ne donne lieu à aucune de ces mesures d'information des tiers. Si, en ce qui concerne la décision implicite de rejet, cela se règle assez simplement par le fait que le délai court sans formalité à compter du jour de leur intervention (sous réserve que la demande initiale ait fait l'objet d'un accusé de réception indiquant le service ou fonctionnaire chargé d'instruire la demande, le délai d'intervention d'une éventuelle décision implicite et les voies et délai de recours), ce n'est pas le cas de la décision implicite d'acceptation. Si cette dernière est soumise aux mêmes règles que la décision implicite de rejet, elle trouve sa limite dans le fait que l'accusé de réception n'est reçu que par le demandeur. Or dans le cas d'une acceptation implicite, des tiers peuvent également être impliqués par les effets d'une telle décision mais n'ont aucun moyen sûr d'information.

Ce déséquilibre a été en outre renforcé par l'arrêt "*Czabaj*"[443], dont nous aurons l'occasion d'étudier plus en détail par la suite, du fait qu'il empêche au délai de recours contre une décision de courir indéfiniment, même si l'accusé de réception était incomplet.
Cela signifie donc que le délai de recours contentieux contre une décision implicite, si son point de départ n'est pas conditionné par le respect des mêmes obligations de publication ou de notification que les décisions expresses, peut courir sans que les tiers puissent être en mesure d'être informés, sachant qu'ils disposent désormais d'un délai maximum d'un an en cas de manquement aux obligations de mentions aux voies et délais de recours sur l'accusé de réception (que les tiers ne reçoivent pas).

Certes, la loi étudiée évoque une obligation de publication par voie électronique mais, comme nous avons eu l'occasion de voir, sa mise en œuvre reste discutable[444].

Tous ces développements nous amènent assez logiquement à étudier la question sous-entendue par la problématique de l'information des tiers et donc de faire le point sur le régime de retrait et d'abrogation des actes administratifs implicites, plus particulièrement des risques pouvant potentiellement en découler.

2) Les risques liés au retrait et à l'abrogation des décisions administratives implicites

Les règles de retrait et d'abrogation des actes administratifs sont depuis leur création une source de difficultés et d'interrogations, et malgré les diverses tentatives de clarification effectuées par la jurisprudence.
Avant de se concentrer spécifiquement sur la décision implicite, il n'apparaît pas inutile de revenir rapidement sur la situation afin de faire le point sur l'état actuel du régime. Nul besoin

[443] CE, 13 juillet 2016, n° 387763, Lebon avec les concl. ; AJDA 2016. 1479 ; *ibid*. 1629, chron. L. Dutheillet de Lamothe et G. Odinet ; AJFP 2016. 356, et les obs. ; AJCT 2016. 572, obs. M.-C. Rouault ; RFDA 2016. 927, concl. O. Henrard)
[444] Voir *supra*, p. 130 et s.

donc de retracer les origines jurisprudentielles de ces règles et de leurs évolutions, dans la mesure où le Code des relations entre le public et l'administration (CRPA) s'est chargé tant bien que mal, depuis 2016, de regrouper ces dernières de manière la plus concise et actuelle possible[445]. Pour reprendre les mots de Thibault PHILIPPON[446] : « L'entrée en vigueur du CRPA est venue tantôt simplifier l'état du droit tantôt en réaffirmer la substance ».

L'article L. 200-1 du CRPA dispose que sont entendus comme actes « les actes administratifs unilatéraux décisoires et non décisoires ». Le second alinéa précise que les « actes administratifs unilatéraux décisoires comprennent les actes réglementaires, les actes individuels et les autres actes décisoires non réglementaires » et « qu'ils peuvent être également désignés sous le terme de décisions » (réglementaires, individuelles ou ni réglementaires ni individuelles).

Pour rappel, l'article L. 240-1 définit ce que l'on entend par abrogation et retrait, à savoir que la première option consiste en sa disparition juridique pour l'avenir, tandis que la seconde concerne sa disparition juridique pour l'avenir comme pour le passé. Le retrait entraîne donc un effet rétroactif.
Nous nous intéresserons ici surtout – pour ne pas dire exclusivement – à la question des décisions administratives individuelles créatrices de droit (donc dans l'hypothèse du silence-acceptation) dans la mesure où l'abrogation et le retrait des actes administratifs non créateurs de droits posent moins de difficulté (à partir du moment où l'ordonnancement juridique n'est pas affecté, les questions relatives à la sécurité juridique sont de moindre importance et n'intéressent donc que très peu la présente étude).

De manière générale, l'article L. 242-1 du CRPA dispose que, lorsque la demande de retrait ou d'abrogation d'une décision individuelle créatrice de droits émane d'un tiers ou intervient à l'initiative de l'administration, celle-ci ne peut y procéder que si la décision concernée « est illégale et si l'abrogation ou le retrait intervient dans le délai de quatre mois suivant la prise de cette décision »[447]. Ce délai de quatre mois n'est pas sans faire penser à une reprise de la solution rendue par le Conseil d'État dans son célèbre arrêt *Ternon*[448].

---

[445] Voir sur ce point : ÉVEILLARD (G.), *La codification des règles de retrait et d'abrogation des actes administratifs unilatéraux*, AJDA 2015, p. 2474 ; *Répertoire de contentieux administratif*, Entrée : Acte administratif : régime, par SEILLER (B.), octobre 2020, 497-583.
[446] Voir l'article : *Le retrait des actes administratifs individuels créateurs de droits* (Source : https://www.village-justice.com/articles/retrait-des-actes-administratifs-individuels-createur-droits,28783.html).
[447] Voir également sur le sujet du tiers et la décision créatrice de droits entachée de fraude : TA de Lille, 23 février 2016, n° 1302958, concl. Caroline RÉGNIER, AJDA 2016, p. 1294.
[448] CE, Assemblée, 26 octobre 2001, *Ternon*, n° 197018.

Le Conseil d'État s'est prononcé dans un avis rendu le 26 juillet 2018 sur la question de savoir si, lors du retrait d'une décision créatrice de droits, pris avant l'expiration du délai de quatre mois, annulé par le juge administratif alors qu'il aurait pu être légalement pris, « l'administration dispose, au regard du principe de légalité, compte tenu des intérêts généraux dont elle a la charge et dans le respect de l'autorité absolue de la chose jugée, d'un nouveau délai de quatre mois, a compter de la notification du jugement d'annulation, pour reprendre une décision de retrait »[449].

L'article L. 242-3 dispose quant à lui que si la demande de retrait ou d'abrogation provient du bénéficiaire de la décision, l'administration est tenue d'y procéder si celle-ci est illégale et dans le délai de quatre mois suivant son édiction. Dans le cas où la décision créatrice de droits est légale, l'administration peut faire droit à la demande du bénéficiaire de la retirer ou de l'abroger sans condition de délai, uniquement – selon les termes de l'article L. 242-4 – « si son retrait ou son abrogation n'est pas susceptible de porter atteinte aux droits des tiers et s'il s'agit de la remplacer par une décision plus favorable au bénéficiaire ».
Il existe quelques exceptions et précisions à ces règles générales, mais il serait sans doute superflu de les mentionner dès à présent.

Pour achever cet état des lieux du régime de retrait et d'abrogation des actes administratifs, il convient de préciser qu'avant l'entrée en vigueur du CRPA, les règles précédemment applicables aux décisions implicites d'acceptation découlaient de la loi du 12 avril 2000[450], et plus précisément de son article 23, qui prévoyait que les décisions implicites d'acceptation illégales pouvaient être retirées pendant le délai de recours contentieux sous réserve de mesures d'information des tiers. Dans le cas contraire, il était néanmoins rendu possible à l'administration de retirer ce type de décisions dans le délai de deux mois suivant leur édiction ou pendant tout le délai de l'instance lorsqu'un recours contentieux était en cours.
Il apparaît donc qu'en ce qui concerne le régime de retrait et d'abrogation des actes administratifs unilatéraux, l'entrée en vigueur du CRPA est venue considérablement simplifier les choses.

Toutefois, il faut conserver à l'esprit que les règles du CRPA relatives au retrait et à l'abrogation n'étant entrées en vigueur que le 1er juin 2016, les règles prétoriennes relatives au retrait des actes individuels illégaux créateurs de droits intervenus avant cette date ne semblent pas encore devoir être définitivement écartées.

[449] CE, avis du 26 juillet 2018, n° 419204 ; Lebon ; AJDA 2018 p. 1587, note BIGET (C.) ; SOLER-COUTEAUX (P.), *Sur les conséquences de l'annulation du retrait d'une décision créatrice de droits*, RDI 2018, p. 511.
[450] Loi n° 2000-321 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations.

3) L'extension du bénéfice de la sécurité juridique à l'Administration, l'exemple des délais

L'Administration aussi a le droit d'être protégée des effets pervers de la décision implicite, alors même qu'elle en est l'auteur. Ce simple constat semble confirmer de lui-même le besoin important d'encadrement que nécessite le mécanisme de la décision implicite, et ce malgré la réforme.

Nous l'avons déjà dit, la décision implicite retire en quelque sorte son autonomie dans la prise de décision à l'Administration ; qu'il s'agisse de la décision implicite de rejet ou d'acceptation, la problématique reste la même. Cependant, lorsqu'il s'agit de la règle du silence valant acceptation, il existe une réalité supplémentaire à prendre en compte : la modification de l'ordonnancement juridique. L'impact potentiel de la fiction du silence sur l'ordonnancement juridique n'est pas une donnée à négliger dans la mesure où une décision implicite résulte dans la majorité des cas d'une absence de volonté (ou alors très indirecte) de la part de celle dont découle ce pouvoir. Ce point de vue sera davantage étayé dans la dernière partie de cette thèse[451].

La question que l'on ne se pose que trop rarement en dépit de sa légitimité est donc la suivante : le principe de sécurité juridique n'a-t-il vocation à s'appliquer qu'au « public » – pour reprendre l'expression retenue dans l'intitulé du Code de 2016 – ? Nous ne le pensons pas.

De manière assez logique, l'Administration étant l'auteur de décisions créatrices de droit, elle se doit de respecter les exigences du principe de sécurité juridique lors de l'exercice de ce pouvoir. Cela étant, il convient aussi d'admettre que l'auteur de ces décisions tout autant que ceux à qui elles sont censées s'appliquer peuvent – et doivent – bénéficier de la protection de ce principe.

Si cela peut sembler contradictoire, il s'agit de conserver à l'esprit que la décision implicite, comme nous tentons de le démontrer, par sa définition imparfaite et son discutable encadrement, présente des dangers à la fois pour ses destinataires et pour ses auteurs (même si ces derniers conservent initialement le choix de la voie de la décision explicite).

Un des exemples les plus parlants – et suffisamment problématique pour que le juge administratif s'y soit intéressé – concerne les délais de contestation des décisions implicites. En effet, l'une des questions principales que soulève l'évolution de la décision implicite[452] se rapporte à la recherche d'un équilibre entre la protection des administrés et le pouvoir de l'Administration. Cet équilibre, penchant tantôt en faveur des uns tantôt en faveur de l'autre, n'est

[451] Voir *infra*, p. 396 et s.

[452] Voir par exemple : BENEZRA (G.), *Le silence de l'Administration : les vicissitudes de la réglementation française*, La Revue administrative, 20e année, n° 119 (septembre octobre 1967), pp. 540-546.

jamais véritablement parvenu à se fixer. Pour reprendre les termes de Louis DUTHEILLET DE LAMOTHE et Guillaume ODINET : « Il y a des domaines du droit où la jurisprudence, sur le temps long, prend les allures d'un balancier qui peine à s'arrêter sur un point d'équilibre »[453]. Par conséquent, ce sont souvent les délais de contestation des décisions implicites, voire même d'acquisition de la décision implicite, qui ont été modulés afin de tenter de trouver ce point d'équilibre.

En 2016 a été rendu un arrêt désormais célèbre du Conseil d'État illustrant parfaitement ce propos, dit *Czabaj*[454]. Il y était question de savoir si une décision administrative notifiée sans indication des voies et délais de recours pouvait être ou non contestée indéfiniment.

Jusqu'alors, il n'existait pas de délai de forclusion butoir et beaucoup de décisions administratives n'étaient soumises à aucun délai, faute d'exigence de notification, de mauvaise notification ou d'absence de délivrance d'un accusé de réception. La « saga » jurisprudentielle *Griesmar* qui eut lieu dans les années 2000[455] donne un aperçu assez flagrant des aberrations permises par les hypothèses de recours perpétuel.

Le Conseil d'État décide donc en 2016 qu'une décision administrative notifiée sans indication des voies et délais de recours ne peut être contestée au-delà d'un délai raisonnable qui sera, en règle générale, d'un an pour les décisions individuelles expresses.
Une question demeurait alors assez logiquement à la lecture de cette solution : s'appliquait-elle également aux décisions implicites ? La réponse, quoique nuancée, tendait alors vers la négative, cela ne manquant pas de surprendre.

Le Conseil d'État, par la décision étudiée, confirmait que le principe de sécurité juridique (entre autres) faisait obstacle à ce que les recours pour excès de pouvoir contre les décisions administratives expresses puissent être exercés indéfiniment dans le temps. Or, rien n'était dit concernant les décisions implicites. Plus surprenant encore, le juge administratif avait choisi de mentionner expressément les décisions « expresses », donnant ainsi l'impression d'éluder sciemment les décisions implicites de sa solution. Sans doute l'absence de formalisme de ces dernières justifiait ce choix, mais il restait que la problématique demeurait la même qu'il s'agisse de décisions implicites ou expresses. Il semblait alors curieux de la part du juge administratif de ne pas étendre la solution – en tout cas de l'adapter – aux décisions implicites[456].

---

[453] DUTHEILLET DE LAMOTHE (L.) et ODINET (G.), *Délai de recours : point trop n'en faut*, AJDA 2018, p. 1629.
[454] CE, 13 juillet 2016, *M. A. c/ Ministre de l'économie et des finances*, n° 387763 (AJDA 2016, p. 1629).
[455] Voir : CJCE, 29 novembre 2001, *Griesmar*, aff. C-366/99 et CE, 29 juillet 2002, *Griesmar*, n° 141112.
[456] Il est d'ailleurs remarquable que le juge administratif avait procédé de la même manière lors de ses décisions *Ternon* (CE, 26 octobre 2001, n° 197018) et *Coulibaly* (CE, 6 mars 2009, n° 306084).

En principe, l'article L. 112-3 du CRPA dispose que « *Toute demande adressée à l'administration fait l'objet d'un accusé de réception* » et est complété par l'article R. 112-5 du même Code, qui dispose que l'accusé de réception prévu par l'article L. 112-3 comporte entre autres les mentions de « la date de réception de la demande et la date à laquelle, à défaut d'une décision expresse, celle-ci sera réputée acceptée ou rejetée ». Dans le premier cas, l'accusé de réception mentionne la possibilité offerte au demandeur de se voir délivrer l'attestation prévue à l'article L. 232-3. Dans le second cas, il mentionne les délais et les voies de recours à l'encontre de la décision.

Mais si ces dispositions étaient appliquées systématiquement, la question de l'application de la solution de l'arrêt "*Czabaj*" aux décisions implicites ne se poserait probablement pas, comme le font remarquer Caroline LANTERO et Yann LIVENAIS dans leur article de la Revue générale du droit[457].

Pendant presque trois ans après l'arrêt initial de 2016, le cas des décisions implicites n'était toujours pas clairement établi par la jurisprudence. Certaines juridictions administratives ayant choisi de faire une application pure et simple de l'arrêt "*Czabaj*", c'était le cas par exemple du Tribunal administratif de Lyon qui a décidé dans un jugement du 4 avril 2017 que le délai raisonnable ne saurait « *excéder un an à compter de la date à laquelle une décision, expresse ou implicite, lui a été notifiée ou de la date à laquelle il est établi qu'il en a eu connaissance* »[458], tandis que d'autres – à l'instar de la Cour administrative d'appel de Marseille – ont refusé d'en faire application, estimant que « le principe [Czabaj] ne s'appliquait qu'aux décisions expresses »[459].

Ce n'est qu'avec un arrêt du 18 mars 2019 que le Conseil d'État a choisi d'étendre la solution dégagée en 2016 aux décisions implicites de rejet[460]. Il reste curieux de constater que le juge administratif aura mis autant de temps à se décider à trancher sur le cas de la décision implicite de rejet, et encore plus qu'il ne l'ait pas anticipé dans sa décision initiale. Une explication qu'il est possible d'avancer pour tenter d'expliquer ce délai réside dans le fait que, par principe, une décision implicite ne comporte pas de mention des voies et délais de recours. En revanche, l'article L. 112-6 du Code des relations entre le public et l'administration – qui s'applique aux décisions implicites – est venu codifier la jurisprudence constante selon laquelle, en l'absence d'un accusé de réception de la demande d'un usager, la naissance d'une décision

[457] LANTERO (C.) et LIVENAIS (Y.), *2018 : L 'année Czabaj*, Revue générale du droit (en ligne), 2018, numéro 29955 (www.revuegeneraledudroit.eu/?p=29955).
[458] TA Lyon, 4 avril 2017, n° 1406859. Voir aussi : TA Nîmes, 18 mai 2017, n° 1501480 ; TA Marseille, 18 décembre 2017, n° 1605010 ; TA Paris, ord., 29 janvier 2018, n° 1718226.
[459] CAA Marseille, 9 octobre 2018, req. n° 17MA00532.
[460] CE, 18 mars 2019, n° 417270.

implicite de rejet, née du défaut de réponse à cette demande, ne fait pas fait courir, à son égard, les délais du recours contentieux[461].

Cela signifie que ce n'est pas l'absence de mention des voies et délais de recours qui empêche le délai contentieux de courir mais l'absence d'accusé de réception de la demande. La problématique n'est donc pas strictement la même que celle soulevée par l'arrêt "*Czabaj*" qui concernait la condition de mention des voies et délais de recours.

Nous pouvons relever à ce titre dans l'arrêt du 18 mars 2019 que le juge indique en effet que « le principe de sécurité juridique […] fait obstacle à ce que puisse être contestée indéfiniment une décision administrative individuelle qui a été notifiée à son destinataire, ou dont il est établi, à défaut d'une telle notification, que celui-ci a eu *connaissance* »[462]. Avant de préciser que « les règles énoncées au point 3, […] sont également applicables à la contestation d'une décision implicite de rejet […] lorsqu'il est établi que le demandeur a eu *connaissance* de la décision »[463]. C'est donc, dans le cas de la décision implicite la preuve de la connaissance de la décision, ou son absence, qui détermine la date et la durée du délai de recours contentieux. Le juge précise par la suite que la preuve d'une telle connaissance ne peut résulter « du seul écoulement du temps depuis la présentation de la demande » avant de préciser les éléments susceptibles d'apporter cette preuve.

Il semble donc plausible de penser que la raison justifiant un tel délai entre la décision "*Czabaj*" et celle étendant son principe aux décisions implicites réside simplement dans le fait que la problématique posée n'était pas la même dans les deux arrêts, et que le juge administratif a attendu d'être saisi d'un litige similaire ayant pour objet une décision implicite de rejet pour pouvoir préciser sa jurisprudence.

En conclusion de ce raisonnement, nous pouvons faire le constat de l'apparente insolubilité de la question de l'application du principe de sécurité juridique lorsqu'il se heurte à la décision implicite : il paraît impensable de contraindre l'Administration à notifier de manière expresse et systématique les voies et délais de recours lorsqu'il s'agit de décisions implicites. Le cas échéant, cela signifierait que le silence serait nécessairement volontaire, or il est impossible d'affirmer qu'aucune décision implicite n'est accidentelle. Et si le silence est volontaire, alors quelle est son utilité quand, en termes de formalisme, il est comparable à une décision expresse ?

[461] CE, 17 avril 1989, *Boyer*, n° 82480, publié au Rec. Lebon.
[462] CE, 18 mars 2019, n° 417270, point 3.
[463] CE, 18 mars 2019, n° 417270, point 4.

Aujourd'hui, l'impression qui se dégage de l'évolution hésitante de la décision implicite est celle de la « gêne » qu'elle représente d'un point de vue juridique, au sens où nul ne semble connaître réellement son rôle ni son but. Elle renvoie directement à l'expression employée par CH. DEBBASCH lorsqu'il compare la décision implicite à une « pathologie du droit »[464].

Les réformes récentes, et notamment en ce qui concerne l'application théorique des règles de formalisme des décisions expresses aux décisions implicites, laissent penser qu'on essaie de transformer les décisions implicites en décisions expresses, de les faire entrer de force dans un moule qui ne leur convient évidemment pas puisqu'il s'agit de deux types de décisions différents.

Dès lors, le véritable problème sous-jacent réside dans l'impossibilité de se résoudre à accepter le fait que ces deux types de décisions sont différents (tant dans la forme que dans la portée) et doivent, de fait, répondre à des régimes répondant aux spécificités de chacune. Il est désormais nécessaire de chercher à assimiler la décision implicite dans notre droit administratif plutôt que de la faire évoluer à la marge sans connaître (ni chercher à le faire) véritablement son utilité, son rôle.

Les difficultés posées par la décision implicite au principe de sécurité juridique tiennent donc essentiellement à ce que son régime juridique n'est pas correctement appréhendé tant par ceux qui la manient que par ceux qui tentent de la réformer.

B. Une cohabitation facilitée par l'influence croissante des droits subjectifs sur le droit objectif

Un fait que l'on remarque lors de l'étude de l'évolution de la prise en compte du principe de sécurité juridique par le juge administratif, et qui semble confirmé par l'évolution de la décision implicite, concerne le glissement d'un droit administratif (et de ses concepts) réputé objectif[465] vers une prise en compte accrue des droits subjectifs. Car en théorie, le principe de sécurité juridique est un principe objectif aux contours flous, un principe qui, comme nous l'écrivions plus tôt, représente davantage un objectif vers lequel le droit doit tendre qu'un principe de droit positif d'application concrète. À ce sujet, S. CALMES écrit dans sa thèse que « *la sécurité juridique, en son sens large, objective et abstraite, est indifférente à la nature de la situation en cause. Elle vise à garantir la fiabilité dans le temps de l'ordre juridique dans son*

[464] DEBBASCH (CH.), *Les modes non formels d'expression de la volonté de l'administration*, La Revue administrative, n°125, septembre-octobre 1968, pp. 555-559.
[465] DALIL (B.), *Le droit administratif face au principe de la sécurité juridique*, thèse Nanterre 2015, 431 p., voir spéc. le Chapitre 1.

ensemble, que la situation en question soit bénéfique ou onéreuse […] elle exige notamment du droit, de façon générale et abstraite, qu'il ne soit pas rétroactif, ni foisonnant, et qu'il soit public, cohérent, clair et précis »[466].

Toutefois, depuis la consécration du principe par l'arrêt de 2006 *KPMG*, il est possible de se demander si l'objectif de sécurité juridique, une fois appliqué de manière concrète, ne change pas de nature pour revêtir une forme possédant une portée beaucoup plus subjective. Certains vont même jusqu'à assimiler le principe de sécurité juridique et le principe de confiance légitime[467], d'origine européenne, comme nous allons l'étudier plus en détail dans le prochain paragraphe (*1*). La décision implicite s'insère dans cette réflexion du fait que son évolution vient non seulement confirmer cette tendance à la subjectivisation du droit administratif, mais aussi parce qu'elle y joue un rôle important (*2*).

1) L'application du principe de sécurité juridique comme source de subjectivisation du droit administratif

L'idée selon laquelle l'octroi de droits subjectifs aux administrés entraverait l'action administrative a longtemps été largement partagée par la doctrine, et l'est encore aujourd'hui par la doctrine juridique objectiviste. N. FOULQUIER, dans sa thèse, résume parfaitement la vision de L. DUGUIT quant aux droits subjectifs, reprise ainsi par B. DALIL[468] : « *Le vice irrémissible du droit subjectif tenait, selon Duguit, à ses origines jus-naturalistes. S'il lui concédait d'avoir épaulé les conquêtes des libertés depuis le XVI° siècle, il fallait dorénavant l'abandonner. Le droit subjectif n'avait aucune valeur scientifique et n'était qu'un legs des idées métaphysiques de la Modernité […] Duguit reprochait aux Modernes et à leurs fléaux d'avoir retenu la volonté comme qualité substantielle de l'individu, pour fonder l'ordre juridique. Pour le Doyen de Bordeaux, il était inconcevable que le Droit de la société fût le produit des volontés individuelles* »[469]. Nous nous contenterons ici simplement de cette opinion de DUGUIT, en ce qu'elle reflète de manière concise le point de vue partagé par l'essentiel de la doctrine juridique objectiviste de manière générale[470].

Ce qui nous intéresse davantage en revanche réside dans l'observation du mouvement de subjectivisation du droit administratif, qui, s'il n'est pas aussi récent que l'on pourrait croire,

---

[466] CALMES (S.), *Du principe de protection de la confiance légitime en droits allemand, communautaire et français*, Nouvelle bibliothèque des thèses, Dalloz 2001, p. 167.
[467] DALIL (B.), *Le droit administratif face au principe de la sécurité juridique*, thèse Nanterre 2015, 431 p.
[468] DALIL (B.), *op. cit.*, p. 278.
[469] FOULQUIER (N.), *Les droits publics subjectifs des administrés, Émergence d'un concept en droit administratif français du XIX° au XX° siècle*, Nouvelle Bibliothèque des Thèses, Dalloz 2003, p. 182.
[470] Voir sur ce sujet : DUGUIT (L.), *Les doctrines juridiques objectivistes*, Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger, octobre-novembre-décembre 1927, pp. 5-41.

tend à prendre de plus en plus d'ampleur, au point d'annoncer – peut-être – un renouveau dans la manière de considérer le droit administratif.

L'évolution de l'effectivité du principe de sécurité juridique constitue un exemple particulièrement remarquable de ce phénomène, surtout lorsqu'on le rapproche de la notion européenne de « confiance légitime » avec lequel il partage de nombreux points communs.
Sur ce point, S. CALMES énonce dans sa thèse que « *la protection de la confiance légitime couvre a priori un champ qui dépasse la seule dimension temporelle stricte de la limitation de l'instabilité du droit et de l'imprévisibilité des changements normatifs, car une confiance en des informations erronées, en des promesses même illégales non tenues ou en toute pratique, est susceptible d'être protégée* »[471].

Nous l'avions déjà évoqué en définissant la sécurité juridique, l'arrêt *KPMG*[472] au-delà de consacrer la sécurité juridique en tant que principe général du droit[473], lui octroie également des airs de confiance légitime. Certes, le Conseil d'État dans l'un de ses considérants avait rejeté le moyen relatif à la méconnaissance du principe de confiance légitime, arguant qu'il s'agissait d'un principe général du droit communautaire et qu'à ce titre, il ne trouvait pas à s'appliquer dans l'ordre interne. Cependant, en appliquant au litige un principe de sécurité juridique qui aurait pu être confondu avec celui de confiance légitime si celui-ci avait été applicable en droit interne, il est légitime de penser que le juge a pu entendre faire application de ce principe d'origine européenne au travers celui de sécurité juridique.

Il est intéressant de prendre en considération le fait que, si le principe de confiance légitime n'a jamais été consacré en droit national, ce n'est pas pour autant qu'il y est étranger. En effet, comme le relève R. CHAPUS, *« il y est depuis longtemps, mais discrètement, illustré par la jurisprudence relative à la responsabilité du fait des renseignements erronés et des promesses non tenues* »[474]. L'auteur relève à ce titre un arrêt du Conseil d'État de 1929, oublié, reconnaissant la responsabilité de l'administration par la « brusquerie » non justifiée d'un changement de comportement, étant ici probablement sous-entendu par le Conseil d'État que ce changement a trompé la confiance que l'administré pouvait légitimement placer dans la stabilité de sa situation[475].

[471] CALMES (S.), *Du principe de protection de la confiance légitime en droits allemand, communautaire et français*, Nouvelle bibliothèque des thèses, Dalloz 2001, p. 169.
[472] CE, ass. 24 mars 2006, *Société KPMG*, n° 288460, AJDA 2006, p. 684.
[473] Nous retenons ici par souci de facilité l'opinion doctrinale la plus communément admise.
[474] CHAPUS (R.), *Droit administratif général*, t.1, éd. Montchrestien, 15ème éd., 2001, p. 106 (n° 135).
[475] CE, 22 novembre 1929, *Cie des mines de Siguiri*, p. 1022, S 1930.3.17, note R. Bonnard.

Selon CHAPUS, beaucoup de solutions récentes peuvent être présentées comme des illustrations du principe de confiance légitime[476]. Il relève enfin que ce principe a été formellement utilisé en 1994 par le tribunal administratif de Strasbourg pour fonder la responsabilité de l'État, pour expliciter la solution de 1929. Le jugement énonce dans son attendu de principe que l'administration doit veiller à ne modifier, ni la réglementation en vigueur, ni son comportement, de façon « inattendue », lorsque « le caractère soudain » du changement n'est pas « rendu nécessaire » par l'objet de la mesure prise ou par les finalités poursuivies. L'administration engage donc sa responsabilité et entache ses décisions d'illégalité si elle ne respecte pas « ce principe de la confiance légitime dans la clarté et la prévisibilité des règles juridiques et de l'action administrative »[477].

Il convient toutefois de nuancer cette définition par le fait que ce jugement s'est retrouvé censuré en appel[478]. Il semble donc qu'en droit national, la consécration du principe de confiance légitime avec toute sa portée « *soit appréciée comme un saut dans l'inconnu* » et qu'il est préféré « *la concrétisation de ses exigences au cas par cas* »[479].

Partant de ce constat, il apparaît alors logique de comparer les deux principes et d'en déduire qu'en dépit de leur contenu, leurs portées respectives sont diamétralement opposées. La sécurité juridique demeure – en tant que telle – un concept directeur de l'ordre juridique interne à la délimitation relativement floue et à la portée éminemment objective. Le principe de confiance légitime en revanche, avec son contenu délimité de façon casuistique, peut être appliqué tel quel aux litiges et possède donc inévitablement une portée bien plus subjective. C'est également sur ce point l'opinion de D. TRUCHET, qui écrit que : « *le principe de protection de la confiance légitime offre un exemple intéressant de la subjectivisation des droits des citoyens au nom de considérations d'équité et de bonne foi ainsi que des réticences auxquelles leur réception peut se heurter en droit administratif* »[480]. L'auteur constate en outre que même si certaines juridictions et une partie de la Doctrine française pensent que la confiance légitime devrait être consacrée en tant que principe général du droit, le Conseil d'État se refuse à le faire du fait que les garanties apportées ne seraient en rien nouvelles par rapport à celles déjà apportées par le principe de sécurité juridique. Il ajoute : « *Il s'insérerait mal dans notre droit admi-*

[476] Voir par ex. : CE Ass., 24 octobre 1997, *Mme de Laubier*, p. 371, AJ 1997, p. 936, chron. T.-X. Girardot et F. Raynaud, D 1998, p. 202, J.-F. Brisson, JCP 1998, I, n° 165, chron. J. Petit, LPA février 1998, n° 22, note G. Pellissier, RFDA 1998, p. 527, concl. V. Pécresse.
[477] TA Strasbourg, 8 décembre 1994, *Entreprise Transports Freymuth*, AJ 1995, p. 555, concl. J. Pommier, JCP 1995, n° 22474, concl. RFDA 1995, p. 963, note M. Heers.
[478] CAA Nancy, 17 juin 1999, *Entreprise Transports Freymuth*, AJ 1999, p. 880, obs. P. Vincent, RFDA 2000, p. 254, concl. P. Vincent. Et CE, 9 mai 2001, *idem*, D2001, IR, p. 2090.
[479] CHAPUS, *op. cit.*, p. 107.
[480] TRUCHET (D.), *Droit administratif*, PUF, 8ème éd., 2019, p. 158.

nistratif qui reste dominé par la conception objective des droits du citoyen, alors que la confiance légitime repose sur une vision subjective des droits exercés par une personne en fonction des relations individuelles qu'elle entretient avec l'Administration »[481].

Finalement, même si en France, le concept de sécurité juridique préexiste à celui de confiance légitime, c'est sans doute le second qui influence aujourd'hui le contenu du premier. Cela apparaît encore plus clairement à la lecture de certains auteurs qui estiment que ce principe communautaire de confiance légitime, d'origine allemande, est « un corollaire de celui de sécurité juridique »[482] ou encore qu'il « s'étend dans le droit interne des autres États en tant que modalité ou forme d'expression du principe de la sécurité juridique »[483].

Le principal écueil lorsque l'on effectue ce rapprochement est relatif au fait que malgré le lien indéniable existant entre ces deux principes, l'un et l'autre ne se recouvrent pas totalement. Ainsi, des auteurs comme E. CARPANO considèrent que « si le principe de confiance légitime est rattaché principalement au principe de sécurité juridique, […] le principe de confiance légitime se trouve au cœur d'une nébuleuse de principes venant complexifier son appréhension conceptuelle »[484]. Le danger de l'intégration d'un tel principe dans notre ordre juridique national résiderait alors dans le fait de tendre à faire « *prévaloir des considérations morales sur les considérations légales* »[485].

2) L'évolution de la décision implicite conforme à la tendance à la subjectivisation du droit administratif

Le constat précédent peut être étendu à l'évolution de la décision implicite. En effet, si l'on s'attarde sur les conséquences de l'apparition – et a fortiori la généralisation – de la décision implicite d'acceptation, il peut être constaté un glissement idéologique de la relation administration/administrés en faveur des administrés.
Tandis que le silence-rejet n'octroie aucun droit au demandeur, tel n'est pas le cas du silence-acceptation ; il en découle assez logiquement la prévalence des intérêts individuels et donc des droits subjectifs sur la théorique objectivité du droit administratif.

Un parallèle avec la sécurité juridique peut à nouveau être dressé dans la mesure où l'on observe le même phénomène de subjectivisation du droit. Le problème posé par cette mouvance réside dans le risque qui en résulte : lorsque les règles de procédures administratives deviennent plus avantageuses pour les administrés que pour l'administration et que le principe

[481] *Op. cit.*, p. 159.
[482] MUSCAT (H.), *Le droit français de la responsabilité publique face au droit européen*, L'Harmattan 2001, p. 186.
[483] ALTINDAG (S.), *La concurrence fiscale dommageable – la coopération des États membres et des autorités communautaires*, L'Harmattan, 2009, p. 169.
[484] CARPANO (E.), *État de droit et droits européens*, L'Harmattan 2005, p. 360.
[485] TRUCHET (D.), *op. cit.,* p. 159.

de sécurité juridique, pris dans son application par le juge administratif, s'attache davantage à garantir la stabilité des situations juridiques (et éventuellement économiques) individuelles que d'œuvrer dans le sens de l'intérêt général[486], alors la tendance s'inverse, ce dernier est mis en péril et l'équilibre entre les situations juridiques est compromis.

Finalement, il est possible de constater que le principe de sécurité juridique tel qu'appliqué par le juge administratif ne correspond pas spécialement à la conception traditionnelle, mais se calque plutôt sur des notions plus concrètes (telle que la confiance légitime) ce qui a pour effet de restreindre son contenu à des enjeux plus subjectifs. Partant, l'équilibre avec la décision implicite ne peut jamais être trouvé : soit le principe de sécurité juridique est compris dans son acception traditionnelle, auquel cas il est parfaitement incompatible – nous l'avons vu – avec la décision implicite (les caractéristiques composant la sécurité juridique ne peuvent pas se réaliser dans l'absence de formalisme) ; soit ce principe est entendu comme une émanation du principe de confiance légitime (ou assimilé), ce qui a tendance à exacerber les travers de la décision implicite, dans la mesure où la portée beaucoup plus restreinte de cette acception tend à ne pas offrir de garanties suffisamment générales à l'administré car, nous l'avons évoqué, beaucoup plus subjectives et casuistiques. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle Fr. TULKENS[487] assimile la s*écurité juridique* à un « label », de la même manière que le faisait D. TRUCHET avec la notion de *service public*[488].

Cette seconde portée que l'on peut attribuer au principe de sécurité juridique fait également apparaître une interrogation : existe-t-il alors une hiérarchie entre le principe de sécurité juridique et celui de légalité ? Sans approfondir cette réflexion qui s'éloigne du sujet, il apparaît intéressant de relever néanmoins qu'en extrapolant les applications jurisprudentielles de ces deux principes, il devient alors possible de constater l'existence d'un lien hiérarchique entre les deux. De fait, afin que la confiance légitime dans le respect par l'Administration des normes auxquelles elle est soumise dans l'exercice de son pouvoir puisse exister, il est alors nécessaire pour l'Administration de respecter d'abord le principe de légalité.

[486] Encore qu'il est possible de se demander si les deux notions sont réellement contradictoires.
[487] TULKENS (F.), *Accélération du temps et sécurité juridique : poison et contre-poison ?*, In GÉRARD (PH.), OST (F.) et VAN DE KERCHOVE (M.) (dir.), *L' accélération du temps juridique*, Bruxelles, Faculté Universitaire Saint-Louis, 2000, p. 487.
[488] TRUCHET (D.), *Nouvelles récentes d'un illustre vieillard : label de service public et statut de service public*, AJDA 1982, pp. 427-439.

Conclusion de chapitre

Nous avons pu constater que la décision implicite s'articulait mal avec les deux principes directeurs sur lesquels nous avons choisi de porter notre étude lors de ce chapitre.

Un des problèmes conceptuels les plus fondamentaux en ce qui concerne la question de la motivation des décisions implicites trouve sa source dans le fait de ne pas pouvoir connaître de manière certaine le degré de volonté de l'Administration dans l'exercice de son pouvoir de prise de décision (lorsqu'elle est implicite). Il est possible d'émettre deux hypothèses : soit l'on considère que l'Administration a recours à la décision implicite de manière volontaire, soit l'on considère au contraire que l'Administration subit la règle de l'implicite.

Dans la première hypothèse, il est possible de connaître les motifs véritables ayant fondé l'Administration dans son action, de sorte que si l'administré fait la demande de transmission de la motivation, les deux principes étudiés dans ce chapitre sont mieux garantis pour les raisons évoquées plus haut. En revanche, si la décision implicite est subie, la seule motivation possible (de bonne foi) de l'Administration est l'expiration du délai prévu par la loi, ce qui n'est évidemment pas satisfaisant au regard du risque d'arbitraire que cela présente.

Malgré tous les artifices juridiques mis en place afin de faire passer la décision implicite pour une décision explicite[489], il reste que le problème majeur et a priori insoluble de la décision implicite réside dans le fait qu'elle laisse en suspens la question de la volonté de l'Administration dans la prise de décision. Nous reviendrons plus en détail sur cette question lors d'un chapitre ultérieur[490].

Ce qui cause également beaucoup de tort à la sécurité juridique ainsi qu'au principe de légalité, quand on s'intéresse au mode implicite de la décision administrative, réside en grande partie dans l'absence de délimitation claire des obligations et devoirs de l'Administration : obligation d'agir, obligation de motiver ses décisions, aucune des deux n'est suffisamment absolue – ni même générale – pour pouvoir permettre l'installation d'un cadre stable et prévisible. Si l'obligation d'agir de l'Administration était absolue, les questions relatives à la légitimité de l'Administration dans l'exercice de son pouvoir de décision ne se poseraient pas et sa responsabilité serait pleine et entière en cas d'inaction. Sur un plan purement théorique, est-il logique de considérer que la responsabilité de l'Administration puisse être engagée – lorsqu'il n'y a pas d'obligation d'agir – sur le fondement d'une décision née d'un silence conservé par elle pendant un certain temps alors même que cette décision naît non pas du fait de l'Administration mais par l'effet de la loi ?

[489] À commencer par la fiction du silence, mais aussi toutes les règles de délais rendant une décision définitive (empêchant donc le retrait indéfini).
[490] Voir *infra*, p. 396 et s.

De la même manière, si la transmission des motifs d'une décision implicite était obligatoire (sans demande préalable de l'administré), les principes de sécurité juridique et de légalité seraient bien mieux respectés. Certes au détriment de l'utilité du caractère implicite, mais si l'on considère la décision implicite comme une « pathologie » du droit administratif, ne serait-ce pas plus conforme à la volonté de ce même droit de faire correspondre les deux régimes ?

Néanmoins, un autre principe – non juridique cette fois – doit également être considéré : le principe de réalité. Rendre absolues ces obligations ne serait sans doute pas une éventualité viable du point de vue d'une part, de la rigidité administrative exacerbée qui en découlerait, à contre-courant des tendances actuelles de flexibilité et d'adaptabilité, d'autre part de la charge de travail supplémentaire que cela nécessiterait[491], a fortiori au regard du phénomène d'inflation normative.

[491] Comme le fait remarquer Céline Wiener : WIENER (C.), *La motivation des décisions administratives en droit comparé*, Revue internationale de droit comparé, vol. 21 n°4, Octobre-décembre 1969, p. 783.

Chapitre 2. L'articulation difficile avec les principes directeurs de l'action administrative : bonne administration et obligation d'agir

Outre la difficulté d'équilibrer la décision implicite avec les principes de sécurité juridique et de légalité, lorsque l'on s'attache à l'étude du silence de l'Administration, une autre difficulté apparaît : celle de la relation entre la décision implicite et les principes directeurs de l'action administrative, notamment lorsqu'elle est confrontée aux principes de bonne administration (**Section 1**) et d'obligation d'agir (**Section 2**). Le choix de se concentrer sur ces deux principes découle principalement du fait que les interactions existantes entre eux et la décision implicite entraînent les conséquences les plus intéressantes pour notre étude. Parce que l'acte administratif est le mode d'action privilégié de l'Administration, il semble pertinent de réfléchir à la question de savoir s'il s'agit d'une obligation ou d'une simple faculté. De la même manière, puisque nous défendons l'idée selon laquelle la décision implicite d'acceptation est un outil de modernisation, –particulièrement d'accélération – de l'Administration en puissance, il paraît opportun de comparer de manière plus globale ce mode de décision aux considérations de bonne administration.

Section 1. L'équilibre précaire entre célérité et bonne administration

L'une des problématiques auxquelles il est possible de rattacher les hypothèses de silence-acceptation est relative à la question de la bonne administration. Initialement prévue comme un moyen de lier le contentieux, la fiction juridique du silence a dérivé jusqu'à être conçue parfois comme un outil d'amélioration potentiel de la rapidité administrative (un outil « d'action administrative » selon M. DEGUERGUE[492]). Toutefois, encore est-il impératif que cela ne nuise pas à la qualité des décisions rendues.

Afin de rendre compte au mieux de cette autre recherche d'équilibre, il apparaît nécessaire de définir dans un premier temps le principe de bonne administration (**§1**) avant d'étudier dans un second temps les raisons faisant de la décision implicite un outil d'amélioration de la célérité administrative dans la prise de décision à double tranchant (**§2**).

[492] DEGUERGUE (M.), *Le silence de l'Administration en droit administratif français*, Les Cahiers de droit, volume 56, n° 3-4, 2015, p. 389-410.

§1. Le principe de bonne administration : portée et incidences sur le silence de l'Administration

Le principe de bonne administration – parfois aussi qualifié « d'ensemble de règles »[493], de « standard »[494] ou de « notion »[495] en fonction des ordres juridiques – fait partie de ces notions floues (ou « notions confuses »[496]), que la doctrine allemande appelle « concepts juridiquement indéterminés »[497]. Il apparaît donc nécessaire de clarifier et de justifier la qualification retenue de la bonne administration (**A**) avant de poursuivre plus avant notre réflexion et de montrer en quoi la décision implicite présente des avantages indéniables pour l'action administrative, à condition de parvenir à contourner les inconvénients aussi bien théoriques que pratiques (**B**).

A. La définition juridique du principe de bonne administration

Lorsque l'on s'attache à l'étude de la notion de bonne administration, deux constats peuvent être faits en guise de préambule : la bonne administration est souvent évoquée mais rarement définie[498] et la majorité de la doctrine tend à se focaliser sur la notion européenne de bonne administration[499], or si l'on ne peut faire abstraction de l'ordre juridique européen lorsqu'il s'agit d'étudier cette notion, c'est davantage le droit interne qui retient notre attention pour la présente étude. Nous pouvons également relever que sa reconnaissance est souvent implicite, ce qui ne signifie pas pour autant qu'elle n'a pas d'existence en droit positif.

---

[493] JACQUÉ (J.-P.), *Le droit à une bonne administration dans la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Revue française d'administration publique, 2011/1-2 (n° 137-138), pp. 79 à 83, spéc. p. 79.
[494] BOUSTA (R.), *Essai sur la notion de Bonne administration en droit public*, L'Harmattan, 2010, p. 299.
[495] LASSALLE (J.), *Le principe de bonne administration en droit communautaire*, thèse Paris 2, 2008, dact., 795 p.
[496] PERELMAN (C.), *Logique et analyse*, mars 1978, p. 3 et s.
[497] SIMON (D.), *L'usage des concepts élastiques dans la jurisprudence internationale : impressionnisme ou réalisme ?*, in Rechtsvergleichung, Europarecht und Staatenintegration. Gedächtnisschriht für Léontin-Jean Constantinesco, Cologne, Carl Heymanns Verlag KG, 1983, p. 707.
[498] C'est également ce que relève Rhita BOUSTA dans sa thèse : *Essai sur la notion de bonne administration en droit public*, coll. Logiques juridiques, L'Harmattan 2010, p. 24.
[499] Voir notamment : AZOULAI (L.), *Le principe de bonne administration*, in Jean-Bernard Auby, Jacqueline Dutheil de la Rochère (dir.), *Droit administratif européen*, Bruxelles, Bruylant 2007, p. 493-518 ; SIMON (D.), *Le principe de « bonne administration » ou la « bonne gouvernance » concrète*, in *Le droit de l'Union européenne en principes. Liber amicorum en l'honneur de Jean Raux*, Rennes, Apogée 2006, p. 155-176 ; MANKOU (M.), *Du principe de bonne administration au droit à la bonne administration : contribution à une problématique de la bonne administration en droit communautaire*, Cahiers de l'Institut de recherche européenne de droit économique, Contributions de droit européen, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 2002, vol. 2, p. 5-46

Sur le premier constat, il est courant de lire que cette notion de bonne administration ferait partie de ces notions, pour reprendre les mots d'Émilie CHEVALIER, « qui ne pourraient et ne devraient pas être définies »[500]. La principale raison à cela résiderait dans le fait que tenter de donner une définition claire et précise de la bonne administration reviendrait à « l'enserrer dans un carcan trop rigide », alors qu'il s'agit a priori d'une notion dont la principale caractéristique est d'être plurielle. S'arrêter à ce constat et ne pas tenter d'identifier plus précisément ce que recouvre cette notion de bonne administration n'est évidemment pas satisfaisant, nous allons donc tenter de la cerner au mieux au cours de ces lignes.

Sur le second constat, le droit de l'Union européenne ayant joué un rôle essentiel dans l'élaboration et surtout la diffusion de cette notion de bonne administration, il est nécessaire de partir de cet ordre juridique afin de pouvoir constater avec tout le recul nécessaire la manière dont ce principe trouve à s'exprimer dans notre droit national.

Avant de venir étudier un point essentiel de la définition de la bonne administration, à savoir sa qualification juridique, il apparaît incontournable de chercher à définir dans un premier temps la notion dans son contenu. C'est d'ailleurs probablement la manière la plus cohérente d'aborder ce principe, qui semble se définir, nous allons le voir, avant tout par son contenu et ses composantes.

En effet, la notion de bonne administration est souvent considérée comme un principe pluriel[501], ce qui est source de nombreuses confusions et amalgames (le fait qu'il existe une multiplicité d'appréhensions de cette notion en fonction de l'ordre juridique concerné ne simplifie pas la tâche).

1) Un amalgame complexe de principes

De manière générale d'abord – et en étudiant en premier l'ordre juridique européen –, si l'on retourne aux origines de cette notion, il en ressort qu'elle possède un double fondement : l'État de droit, dans le sens de la soumission de l'Administration au droit et à la garantie des droits procéduraux, et la politique de *New Public Management* (correspondant à l'intégration progressive de la logique managériale dans l'administration) qui s'est développée depuis

[500] CHEVALIER (E.), *Bonne administration et Union européenne*, coll. Droit administratif, Bruylant 2014, p. 223.

[501] La plupart des thèses étudiant la notion rejoignent cette conception. Voir notamment : CHEVALIER (E.), *Bonne administration et Union européenne*, coll. Droit administratif, Bruylant 2014, 521 p. ; BOUSTA (R.), *Essai sur la notion de bonne administration en droit public*, coll. Logiques juridiques, L'Harmattan 2010, 466 p. ; MARTY (N.), *La notion de bonne administration*, thèse Montpellier 2007, 692 p.

2007[502]. Ce dernier fondement sous-entend notamment l'introduction du concept d'efficacité appliqué à l'Administration (qui est une source de légitimation de son action), de procédures d'évaluations (ayant donné naissance à la « culture de résultat ») et de l'exigence de qualité (induisant une logique de responsabilisation des acteurs de l'administration)[503].

Sans approfondir ces deux fondements – ce qui nous amènerait inévitablement à déborder de notre sujet d'étude – il convient néanmoins de préciser que la doctrine du *New Public Management* s'accorde naturellement assez mal avec le fonctionnement traditionnel[504] (au sens originel) de l'Administration. La logique de résultat, et donc la recherche de performance chiffrée s'accorde en effet généralement mal avec la recherche de satisfaction de l'intérêt général. S'il est sans doute légitime de nuancer aujourd'hui les critiques visant la lourdeur de l'Administration française, il reste que ce système peine toujours « *à s'adapter à l'environnement et à se renouveler intellectuellement* »[505], ce qui constitue le principal obstacle à l'intégration complète des nouvelles méthodes de gestion managériales.

La gestion managériale et les exigences qu'elle induit ne conviennent pas, sur un plan théorique, à la conception initiale de l'Administration, normalement dédiée à la satisfaction de l'intérêt général. Jacques CAILLOSSE pose d'ailleurs à ce propos la question suivante : « *[…] jusqu'où le management, combien même on le dit public, est-il concevable là où prévaut la mise en œuvre d'un droit qui se revendique comme exorbitant du droit commun ?* »[506].

Il semble pertinent de penser qu'il est en effet dérangeant d'un point de vue conceptuel d'envisager que l'administrateur puisse être également *manager* lorsque l'activité de l'administration est censée être tournée vers l'intérêt général ; les notions d'efficacité, de qualité et de performance paraissent difficilement pouvoir être adaptées – ou alors d'application très fortement limitée – à l'action administrative sans donner davantage d'importance aux intérêts particuliers qu'à l'intérêt général. L'évaluation de ces conditions ne possède pas la même portée,

---

[502] Il est possible de considérer que la loi organique n° 2001-692 du 1er août 2001 relative aux lois de finances (*LOLF*) est la première traduction officielle du New Public Management en France, avec l'introduction d'une démarche de performance pour améliorer l'efficacité des politiques publiques qui permet de faire passer l'État d'une logique de moyens à une logique de résultats.
Néanmoins, il est plus généralement admis que c'est la révision générale des politiques publiques (*RGPP*) qui marque réellement ce changement de paradigme de manière plus globale, suivie en 2012 de la modernisation de l'action publique (*MAP*), à laquelle succède désormais le programme Action Publique 2022 (*AP2022*) lancé le 13 octobre 2017.

[503] CHEVALIER (E.), *Bonne administration et Union européenne*, coll. Droit administratif, Bruylant 2014, pp. 58 et s.

[504] SCHMIDT (G.), *Can we talk about quality management in public administration ?*, in *Training of civil servants to achieve good administration*, Conférence organisée par le Conseil de l'Europe, 27-28 octobre 2005 (http://www.coe.int/t/e/legal_affairs/legal_co-operation/administrative_law_and_justice).

[505] CROZIER (M.), *Crise et renouveau dans l'administration française*, Sociologie du travail, éd. Seuil, 1966, 8-3 (*L'administration face aux problèmes du changement*), pp. 227-248.

[506] CAILLOSSE (J.), *Rapport introductif : Performance et droit de l'administration*, in ALBER (N.) (dir.), *Performance et droit administratif*, Paris, Litec, 2010, p. 16.

d'après nous, selon qu'elles sont appliquées à une entreprise privée ou à l'administration de l'État, les buts de ces deux formes d'institutions étant diamétralement opposés. Contraindre l'Administration à respecter ces critères de performance et d'efficience revient à la considérer comme une entreprise, et a-t-on jamais vu pareille institution œuvrer dans le sens de la satisfaction de l'intérêt général exclusivement ?[507]

Ensuite, de manière relative au contenu de la bonne administration, élément essentiel à sa définition, nous l'avons dit, le fait est que celle-ci apparaît souvent comme un principe pluriel. Il est possible de reprendre la division faite par E. CHEVALIER dans sa thèse et ainsi distinguer les garanties des droits administratifs procéduraux et les principes d'efficacité administrative[508].

Les droits administratifs procéduraux sont avant tout exprimés dans la jurisprudence et repris sans innovation dans l'article 41 de la Charte des droits fondamentaux, qui constitue le cœur de la notion de bonne administration et a valeur de principe général du droit. L'auteur cité précédemment relève d'ailleurs le parallélisme existant entre cet article de la Charte des droits fondamentaux et l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme[509].

Le premier alinéa de l'article de la Charte évoque un principe général, tandis que le second alinéa établit une liste non exhaustive[510] des droits que recouvre la notion de bonne administration.

Sont concernés : le droit à un traitement équitable et impartial ; à un délai raisonnable ; le droit d'être entendu ; le droit d'accès aux dossiers ; la possibilité de s'exprimer dans les langues de l'union ; la formulation spécifique du droit au recours ; l'obligation de motivation[511].

L'efficacité administrative a été quant à elle définie par le Livre blanc relatif à la gouvernance, dont il découle que « *Les mesures doivent être efficaces et intervenir au bon moment; elles doivent produire les résultats requis, à partir d'objectifs clairs et d'une évaluation de leur impact futur et de l'expérience antérieure, là où elle existe. L'efficacité demande également que les politiques de l'Union européenne soient appliquées de façon proportionnée, et que les décisions soient prises au niveau le plus approprié* ». Cependant, la lecture de cette définition de l'efficacité sème quelque peu le trouble car il semble qu'un amalgame soit fait entre bonne administration et bonne gouvernance.

---

[507] Pour une étude plus approfondie de cette problématique, voir *infra*, p. 170 et s.

[508] CHEVALIER (E.), *Bonne administration et Union européenne*, coll. Droit administratif, Bruylant 2014, p. 223.

[509] CHEVALIER (E.), *Bonne administration et Union européenne*, coll. Droit administratif, Bruylant 2014, p. 224.

[510] Comme le souligne l'auteur cité précédemment, l'emploi de l'adverbe « notamment » témoigne de la non-exhaustivité de cette liste.

[511] Voir *infra*, p. 113 et s.

En effet, si les deux notions se recoupent, elles n'en sont pas moins différentes dans la mesure où la bonne administration compose (en partie) le principe de bonne gouvernance, aux côtés notamment du principe de transparence[512].

Outre « ce noyau dur », la bonne administration a tendance à attirer dans son giron des principes émergents comme le principe de bonne administration du personnel[513] (qui n'est pas un principe justiciable) ou le principe de bonne gestion financière[514]. Ces principes découlent notamment de l'exigence d'efficacité.
Il ressort donc de cette observation que la bonne administration ressemble quelque peu à un « *principe gigogne* »[515], entendu que certaines de ses composantes ont donné naissance à d'autres principes mais surtout, qu'elle se constitue autant de droits pour les administrés que de devoirs pour l'Administration. Cette caractéristique ne va pas sans poser quelques problèmes de délimitation.

2) Une délimitation difficile mais nécessaire

Certains auteurs ont tendance à donner une portée trop importante à la bonne administration. Après avoir donné des éléments sur le contenu de la bonne administration, il convient désormais de voir ce qui, au contraire, ne rentre pas dans sa définition.

En premier lieu, de nombreux amalgames sont faits en ce qui concerne le principe de sécurité juridique. Ce principe général du droit[516] partage certaines des caractéristiques de la bonne administration en cela qu'il s'agit d'une notion floue et « d'application incertaine »[517], mais il n'en reste pas moins que l'insertion de ce principe dans la bonne administration n'apparaît pas comme un choix pertinent.

En effet, la portée du principe de sécurité juridique se trouve être bien plus large que celle de bonne administration, en ce sens qu'elle ne se cantonne pas au simple champ de la procédure administrative. En outre, même leurs objectifs diffèrent ; la bonne administration

[512] SIMON (D.), *Le principe de « bonne administration » ou la « bonne gouvernance » concrète*, in *Le droit de l'Union européenne en principes. Liber amicorum en l'honneur de Jean Raux*, Rennes, Apogée 2006, p. 167.
[513] Voir TFPUE, 7 juillet 2009, *Marjorie Danielle Bernard c. Office européen de Police (Europol)*, aff. jtes F-99/07 et F-45/08, non publié, point 87 : « *Ces dispositions ont donc bien pour objet de contribuer à une bonne administration en matière de gestion du personnel. Leur non-respect est donc bien, en principe, susceptible d'entraîner l'annulation du rapport d'évaluation, conformément à la jurisprudence invoquée par Europol* ».
[514] Dont les principes directeurs d'économie, d'efficience et d'efficacité sont rappelées dans l'article 27 du Règlement n° 1605/2002 du Conseil du 25 juin 2002 portant règlement financier applicable au budget général des Communautés européennes, (*JO* n° L-248 du 16 septembre 2002, pp. 1-48).
[515] JACQUÉ (J.-P.), *Le droit à une bonne administration dans la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Revue française d'administration publique, 2011/1-2 (n° 137-138), pp. 79 à 83.
[516] Voir *supra*, p. 120 et s.
[517] MATHIEU (B.), Présentation, *Le principe de sécurité juridique. Études réunies et présentées par Bertrand Mathieu*, Les cahiers du Conseil constitutionnel, n° 11, 2001, pp. 99 et s., spéc. p. 99.

vise la qualité tandis que la sécurité juridique cherche à garantir la stabilité de l'ordre juridique.

Cet amalgame entre les deux principes résulte a priori d'une confusion entre la sécurité juridique d'une norme et la sécurité juridique du particulier[518]. Nicolas MARTY partage également ce point de vue dans sa thèse[519] en défendant l'idée selon laquelle il est effectivement possible de considérer qu'il existe un axe formel de la sécurité juridique (relatif à la qualité des normes[520]) qui pourrait coïncider avec la finalité qualitative de la bonne administration, mais qui ne peut résumer à lui seul la portée de la sécurité juridique. Dès lors, il serait erroné de confondre les deux notions.

Il reste à noter cependant que certains ordres juridiques européens procèdent à cette confusion – c'est le cas des Pays-Bas et de la Belgique notamment. Il en résulte un affaiblissement de la notion de bonne administration, qui perd en cohérence dans la mesure où elle devient une « enveloppe contenant différentes notions, sans véritable lien entre elles »[521]. Nicolas MARTY résume cette pensée de manière concise dans sa thèse en estimant que « *l'approche extensive de la bonne administration fait table rase de toute idée de conceptualisation précise. Elle aboutit ainsi à une dilution de la notion qui y perd en efficacité. Nombreux sont les ordres juridiques européens à ne pas avoir évité l'écueil […]* »[522].

À ce titre, il est intéressant de relever dans les conclusions sur l'arrêt *KPMG*[523] que le Commissaire du gouvernement Yann AGUILA effectue lui aussi une sorte d'amalgame (volontaire) entre la sécurité juridique et la bonne administration en expliquant que l'obligation d'aménager un dispositif transitoire relève, dans certains cas, des deux notions. Elle paraît, écrit-il, « *une exigence raisonnable, qui relève à la fois du bon sens et de la bonne administration* »[524].

Sans nécessairement valider notre opinion, cela démontre que d'autres principes que celui de sécurité juridique peuvent être tirés de l'arrêt en question et que sa « consécration » en principe général du droit n'est pas une évidence.

---

[518] LUCHAIRE (F.), *La sécurité juridique en droit constitutionnel français*, in *Le principe de la sécurité juridique. Études réunies et présentées par Bertrand Mathieu*, *op. cit.*, 2001, p. 103.
[519] MARTY (N.), *La notion de bonne administration*, thèse Montpellier 2007, 692 p., spéc. p. 95.
[520] La clarté, l'intelligibilité et l'accessibilité de la norme.
[521] MARTY (N.), *La notion de bonne administration*, thèse Montpellier 2007, 692 p., spéc. p. 104.
[522] MARTY (N.), *op. cit.*, p. 119.
[523] CE, Ass., 24 mars 2006, *Sté KPMG et autres*.
[524] AGUILA (Y.), concl. sur CE, Ass., 24 mars *2006, Sté KPMG et autres*, RFDA 2006, p. 473

En second lieu, si l'on reste au niveau de l'Union européenne, deux autres principes sont souvent confondus avec la bonne administration : le principe de précaution[525] et le principe de transparence[526]. Sans nous attarder trop longuement sur ces deux principes, qui n'intéressent pas directement notre recherche, nous devons cependant expliquer en quoi ils diffèrent de la bonne administration et de ce fait, la raison pour laquelle ils ne peuvent être confondus avec elle.

Le principe de précaution, tout d'abord, partage des similarités avec la bonne administration du fait de sa nature visant – pour reprendre les mots d'Émilie CHEVALIER – à « *encadrer l'exercice du pouvoir discrétionnaire des autorités compétentes* » et tend ainsi « *à obliger les autorités européennes et nationales à évaluer les risques et les gérer à l'occasion de l'adoption des décisions* »[527]. L'article 5 de la Charte de l'environnement le défini de la manière suivante : « *Lorsque la réalisation d'un dommage, bien qu'incertaine en l'état des connaissances scientifiques, pourrait affecter de manière grave et irréversible l'environnement, les autorités publiques veillent, par application du principe de précaution et dans leurs domaines d'attributions, à la mise en œuvre de procédures d'évaluation des risques et à l'adoption de mesures provisoires et proportionnées afin de parer à la réalisation du dommage* »[528].
En outre, à l'instar du principe de transparence, il présente un lien avec le principe de bonne gouvernance.

Toutefois, comme le fait remarquer J. GADBIN, le principe de précaution s'est développé de manière autonome et surtout, « *il a une dimension plus générale, il s'applique à l'ensemble des autorités compétentes et pas seulement administratives* »[529]. Il semblerait donc logique d'écarter de la définition de la bonne administration le principe de précaution.

L'autre principe ensuite est celui de la transparence. Parfois reliés par la jurisprudence, ce principe et celui de bonne administration ont pu être rapprochés à tort, a fortiori lorsqu'est apparu le droit d'accès aux documents[530]. Ce droit donnait l'impression en effet d'être une concrétisation de l'exigence de transparence par la bonne administration.

---

[525] Voir : TPI, 26 novembre 2002, *Artegodan GmbH c. Commission*, aff. jtes T-74/00, T-76/00, T-83/00, T-84/00, T-85/00, T-132/00, T-137/00, T-141/00, *Rec*. p. II-4945.
[526] SIMON (D.), *Le principe de « bonne administration » ou la « bonne gouvernance » concrète*, in *Le droit de l'Union européenne en principes. Liber amicorum en l'honneur de Jean Raux*, Rennes, Apogée 2006, p. 167.
[527] CHEVALIER (E.), *Bonne administration et Union européenne*, coll. Droit administratif, Bruylant 2014, p. 252.
[528] Article 5 de la loi constitutionnelle n° 2005-205 du 1er mars 2005 relative à la Charte de l'environnement (JORF n°0051 du 2 mars 2005 page 3697).
[529] GADBIN (J.), *Principe de précaution et pouvoir discrétionnaire*, in *Le droit de l'Union européenne en principe. Liber amicorum en l'honneur de Jean Raux*, Rennes, Apogée, 2006, p. 311.
[530] Ce droit a été consacré par la loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratif, social et fiscal.

En réalité, la transparence est difficile à définir, et seuls certains éléments possèdent une valeur constitutionnelle ou sont garantis par des traités internationaux. C'est le cas de l'exemple du droit d'accès aux documents administratifs que nous citions précédemment ou la participation du public à l'élaboration des textes juridiques[531] en matière d'environnement.

Cependant, tout comme pour le principe précédemment évoqué, les deux se distinguent notamment par leur portée. Comme le souligne D. SIMON : « *le principe de bonne administration s'attache essentiellement à la protection des droits des administrés à l'égard des actes affectant leur situation juridique, ou, comme l'on dirait en droit administratif français, des actes leur faisant grief ; en revanche les règles générales de publicité des actes ainsi que les règles de transparence ont une portée beaucoup plus générale qui ne se limite pas au respect des droits des seuls destinataires* »[532].

Enfin, il apparaît nécessaire de revenir brièvement sur le principe de confiance légitime afin de l'étudier sous l'angle de la bonne administration. Souvent présenté comme un corollaire du principe de sécurité juridique, les deux principes n'en sont pas moins basés sur des philosophies différentes, pour ne pas dire opposées.

Si l'on fait abstraction, dans cette comparaison, du fait que le principe de confiance légitime n'a pas d'existence officielle dans notre ordre juridique contrairement à la sécurité juridique, il reste que le principe de sécurité juridique est fondé sur des critères objectifs visant à garantir la stabilité juridique (entre autres) dans l'intérêt général. De ce fait, il est parfaitement envisageable que ce principe aille à l'encontre des intérêts particuliers.
En revanche, la confiance légitime est fondée sur des critères subjectifs[533] et ne « *peut jouer qu'en faveur du particulier* »[534]. La confiance apparaît lorsque l'administration fait naître chez un particulier des « *espérances fondées* »[535]. L'appréciation du caractère légitime de la confiance est quant à elle nécessairement très subjective ; J.-P. PUISSOCHET écrit qu'elle « *implique essentiellement que l'intéressé ait été dans l'impossibilité de prévoir la modification de la réglementation* »[536].

---

[531] Loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement dite loi ENE (*JO* du 13). L'article 244 crée deux articles L. 121-1 et L. 120-2 au Code de l'environnement.
[532] SIMON (D.), *Le principe de « bonne administration » ou la « bonne gouvernance » concrète*, *op. cit.*, p. 167.
[533] Nicolas MARTY explique que cela signifie que des droits subjectifs doivent pouvoir être invoqués par les particuliers comme ayant suscité, chez eux, une confiance devant être garantie (N. MARTY, L*a notion de bonne administration*, thèse Montpellier 2007, p. 105).
[534] MODERNE (F.), À *la recherche du fondement constitutionnel du principe de protection de la confiance légitime. Du droit communautaire au droit interne*, in *Au carrefour des droits. Mélanges en l'honneur de Louis Dubouis*, Paris, Dalloz, 2002, p. 595.
[535] Expression utilisée par la Cour de justice des Communautés européenne dans l'arrêt : CJCE, 19 mai 1983, *Vassilis Mavridis c/ Parlement*, Aff. 289/81 : Rec., p. 1731.
[536] PUISSOCHET (J.-P.), *Vous avez dit confiance légitime ?*, in *l'État de droit. Mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, Paris, Dalloz 2002, p. 590.

Il est donc possible d'en déduire que la confiance légitime englobe la protection des droits subjectifs. Mais il serait encore trop réducteur de s'arrêter ici car la portée de la confiance légitime va au-delà de la protection des droits déjà acquis, elle concerne également « *des droits qui ne sont pas encore acquis mais simplement en cours d'acquisition ou susceptibles d'être constitué*s »[537].

Toutefois, de la même manière que pour le principe de sécurité juridique, la confiance légitime s'inscrit davantage dans une finalité temporelle tandis que la bonne administration participe d'une finalité qualitative de l'action administrative. Cette finalité se traduit par une oscillation entre la protection de l'intérêt général et celle des intérêts particuliers, contrairement à la confiance légitime qui n'œuvre qu'en soutien de ces derniers intérêts. Intégrer la confiance légitime dans la bonne administration, comme c'est le cas dans certains ordres juridiques européens, paraît donc être une démarche erronée dans la mesure où cela dénature la bonne administration en lui octroyant une portée bien trop extensive.

Afin de conclure sur ce sujet, il est possible d'admettre que la bonne administration – dont nous allons maintenant nous attacher à déterminer la qualification juridique exacte – donne lieu à une définition négative ; nous pouvons en déterminer les contours et le contenu en recherchant ce qu'elle n'est pas plutôt que ce qu'elle est.

De ce fait, il ressort de manière générale que la bonne administration est une notion plurielle dans les formes qu'elle peut prendre mais pas une notion amalgame[538]. Il s'agit davantage d'un principe directeur, donc d'un principe « guide » – par conséquent non justiciable – permettant d'orienter les comportements et les principes qu'il englobe. Il est donc question d'une influence irradiant les principes préexistants plutôt qu'un principe défini de manière concrète dont découleraient d'autres principes.

Il ne faut donc pas confondre la bonne administration avec les principes que nous avons pu citer comme étant parfois ou souvent amalgamés ; tous sont influencés dans une certaine proportion par l'exigence de bonne administration mais aucun n'est un démembrement de celle-ci. C'est du moins l'opinion que nous défendons.

3) Les différentes qualifications de la bonne administration

Sans doute aurions-nous pu nous attacher à déterminer la qualification juridique de la bonne administration en préambule de cette section, néanmoins nous avons trouvé davantage pertinent au regard de la démonstration de nous concentrer d'abord sur la définition et la délimitation de celle-ci.

---

[537] *Ibid.*, p. 587.

[538] En cela, l'auteur Nicolas MARTY s'oppose à la vision de Michel FROMONT qui mentionne « les garanties de bonne administration » ou « les principes de bonne administration » (voir : FROMONT (M.), *Droit administratif des États européens*, Paris, PUF, 2006, coll. Thémis, p. 100).

Concernant la nature juridique de la bonne administration, la doctrine semble s'accorder sur la notion de principe directeur – quoique le terme soit relativement récent dans le langage juridique et manque de définition ainsi que le relève Nicolas MARTY[539] –, évacuant ainsi les qualifications de « standard » ou de « règle ».

Patrick MORVAN écrit notamment que le « *standard s'inscrit toujours dans une norme plus large qui l'englobe et l'emploie en qualité de technique instrumentale. À ce titre, il figure éventuellement dans un principe de droit* »[540].

En outre, selon Nicolas MARTY : « *si cette qualification s'impose, c'est parce que la notion étudiée remplit une fonction matricielle et, comparée aux autres qualifications envisageables, seule celle de « principe directeur » nous apparaît pertinente pour traduire toutes ses implications dans le système juridique* »[541].

Nous avions déjà évoqué le fait qu'un principe directeur agissait comme un principe « guide » mais n'est jamais lui-même une règle de droit immédiatement applicable. Pour reprendre les mots d'Yves GAUDEMET à ce propos : « *les principes directeurs ne sont pas […] des règles de droit ; mais ils en sont le support et l'explication logique* »[542]. Ce constat semble confirmer l'idée selon laquelle la qualification de principe directeur reflète le plus justement la nature de la bonne administration.

Concernant l'origine du concept de principe directeur, Franck MODERNE évoque l'idée que l'émergence de cette notion résulterait de l'affaiblissement de la hiérarchie des normes du fait de la globalisation/mondialisation, telle une sorte de réaction à la modernité, « qui tend à faire relativiser la place de l'État et de son droit »[543].

Il reste qu'une telle qualification laisse planer certains doutes quant à son efficacité sur le plan juridique. D'un côté, il est certain qu'un tel concept présente un intérêt évident au regard du caractère fédérateur du droit de l'Union européenne ; il permet de donner un cadre suffisamment souple pour permettre aux droits des différents État-membres de l'intégrer dans leurs

[539] MARTY (N.), L*a notion de bonne administration*, thèse Montpellier 2007, p. 342.
L'auteur démontre que des études s'intéressent à la notion de principe directeur sans jamais la définir. Voir notamment : BRETEL (H.), *Principes directeurs de l'élaboration des actes : actes privés, procéduriers, réglementaires, etc*, Paris, Sirey, 1927 ; SOURY (J.), *Essai sur les principes directeurs du droit civil français des obligations dans son état présent, doctrine et jurisprudence*, Bordeaux, Delmas, 1939 ; GENEVOIS (B.), *La jurisprudence du Conseil constitutionnel : principes directeurs*, Paris, STH, 1988 ; GOHIN (O.), *Les principes directeurs du procès administratif en droit français*, RDP, 2005, p. 171.
[540] MORVAN (P.), *Le principe en droit privé*, Paris, éd. Panthéon Assas, 1999, p. 61.
[541] MARTY (N.), *La notion de bonne administration*, thèse Montpellier 2007, p. 323.
[542] GAUDEMET (Y.), *Les méthodes du juge administratif français,* Paris, LGDJ, 1972, p. 36.
[543] MODERNE (F.), *Légitimité des principes généraux et théorie du droit*, RFDA, 1999, p. 724.

ordres juridiques respectifs. D'un autre côté cependant, cela conduit inévitablement à une multitude d'interprétations venant brouiller le contenu tel qu'initialement « défini »[544].
En somme, la notion de principe directeur est un intermédiaire sans doute satisfaisant entre le principe général et le concept abstrait, mais il présente néanmoins des limites liées à sa nature souple[545].

La question qu'il est intéressant de se poser ensuite après avoir qualifié juridiquement la bonne administration concerne l'hypothèse d'une consécration de ce principe issu de droit de l'Union européenne en droit interne. Il ressort des réflexions précédentes qu'une telle idée paraît inenvisageable pour plusieurs raisons.

Il convient tout d'abord de remarquer qu'une intégration en droit interne ne pourrait résulter que de deux hypothèses, relevées par Nicolas MARTY dans sa thèse : soit une consécration en tant que principe général du droit par le Conseil d'État, ou une application directe du principe général de droit communautaire[546].
Concernant la première option, il apparaît que la difficile délimitation du principe de bonne administration rend improbable sa consécration en tant que principe général du droit.
La réalisation de la seconde option semble également peu probable, essentiellement pour deux raisons. D'une part, les juges nationaux sont généralement assez peu enclins à appliquer des principes provenant d'un ordre juridique différent (Le Commissaire du gouvernement Henri TOUTÉE explique qu'il est « *très désagréable pour un juge de devoir appliquer des principes généraux qu'il n'a pas dégagés lui-même* »[547]). D'autre part, il est nécessaire que l'acte attaqué entre dans le champ d'application du droit communautaire pour que le principe puisse être appliqué au litige[548].

Le principe de bonne administration ne semble donc pas prêt à intégrer notre ordre juridique en tant que tel, mais il n'empêche que ses influences touchent notre droit interne de

[544] L'exemple des Pays-Bas illustre parfaitement ce caractère permissif du principe directeur dans la mesure où le droit néerlandais ne différencie par exemple pas la bonne administration du principe de légalité, donnant donc une portée bien plus importante à cette dernière qu'elle n'est censée posséder.
[545] Une réflexion intéressante ici concernerait le fait de se demander si un principe directeur possède véritablement une valeur juridique ou non, dans le sens : s'agit-il réellement d'une notion juridique ? Car si un principe directeur guide effectivement les législateurs et les magistrats – ce qui se traduit par la création et l'application de textes législatifs et de principes généraux –, il ne semble pas posséder de valeur juridique intrinsèque, à l'instar de l'équité qui inspire le droit sans en être. D'ailleurs, dans l'idée, le principe directeur se rapprocherait sans doute davantage de la morale que du droit dans la mesure où la **bonne** administration, par exemple, sous-entend de manière évidente un certain degré de moralisation, ou du moins, un jugement de valeur.
[546] MARTY (N.), *La notion de bonne administration*, thèse Montpellier 2007, p. 294.
[547] TOUTÉE (H.), concl. sur CE, Ass., 17 février 1995, *Commission nationale des comptes de campagne et des financements politiques c/ MM. Aillaud, Cotten, Schwartzenberg et Touati*, Rec. p. 75 ; AJDA, 1995, p. 223.
[548] Voir : CE, Ass., 11 juillet 2001, *FNSEA*, Rec. p. 340 ; CJCE, 30 septembre 1987, *Meryem Demirel c/ Ville de Schwäbisch Gmünd*, Aff. 12/86, Rec. p. 3719.

manière plus officieuse. Même s'il n'a pas d'existence juridique concrète en droit interne, le principe de bonne administration irradie et modèle d'autres principes déjà existants.

4) L'idée de moralité dans la notion de bonne administration

Afin d'avoir une idée plus précise de l'influence de la moralité dans le principe de bonne administration, il ne semble pas superflu d'étudier d'un peu plus près l'idée de moralisation administrative.
Un premier constat est d'admettre que si l'on considère que la moralité administrative fait partie de la bonne administration (comme le fait notamment Hauriou), alors cela signifie concrètement que la moralité entre dans le champ du droit par le biais de ce principe.

Ainsi, Hauriou écrit que « *tout être possédant une conduite pratique forcément la distinction du bien et du mal. Comme l'administration possède une conduite, elle pratique forcément cette distinction, qui, pour elle se ramène surtout à la discrimination de ce qui est ou n'est pas dans le sens de l'intérêt public et de l'intérêt du service. La moralité administrative est souvent plus exigeante que la légalité. Nous verrons que l'institution de l'excès de pouvoir, grâce à laquelle sont annulés beaucoup d'actes de l'administration, est fondée autant sur la notion de la moralité administrative que sur celle de la légalité, de telle sorte que l'administration est liée, dans une certaine mesure, par la morale juridique, particulièrement en ce qui concerne le détournement de pouvoir* »[549].
Marcel WALINE s'opposait à cette vision des choses. Concernant le détournement de pouvoir, il écrivait : « *la lettre tue et l'esprit vivifie (...). La violation de l'esprit d'une loi est encore une violation de la loi ; ainsi le détournement de pouvoir est encore une forme d'illégalité* »[550].

De ce point de vue, il ne faut donc pas voir dans le détournement de pouvoir un contrôle de la bonne administration ni de la moralité administrative.
C'est également la conclusion à laquelle était arrivé Henri WELTER : le détournement de pouvoir ne constitue pas un contrôle de la moralité mais de la légalité[551].
Ce désaccord sur la nature du contrôle que constitue celui du détournement de pouvoir provient du fait que celui-ci est l'ouverture du recours pour excès de pouvoir dont l'objet est de contrôler le but poursuivi par un acte administratif. Il se distingue à ce titre du contrôle de la violation de la loi à proprement parler.

[549] HAURIOU (M.), *Précis de droit administratif et de droit public*, 12ème éd., 1933, rééd. Paris, Dalloz, 2002, p. 360.
[550] WALINE (M.), *Traité de droit administratif*, Paris, Sirey, 8ème éd., 1959, n° 750.
[551] WELTER (H.), *Le contrôle juridictionnel de la moralité administrative*, Paris, Sirey, 1929, p. 80.

Cependant, si le détournement de pouvoir n'est pas lié à la moralité, alors comment contrôle-t-on – si cela s'avère possible – la moralité administrative ? Car s'il est une chose que l'on peut affirmer avec certitude, c'est que la bonne administration est un principe constitué à la fois par des caractéristiques ayant trait à la légalité, mais également à la moralité[552]. Or comment contrôler cette dernière si ce n'est pas par le biais du contrôle du détournement de pouvoir ?

Sans doute faut-il voir la « moralité » d'une manière différente que celle dont nous avons l'habitude ; HAURIOU part du principe que toute personne qui a une conduite pratique nécessairement la distinction du bien et du mal. Ce sont précisément ces deux notions sur lesquelles il faut davantage se pencher dans la mesure où elles sont exclusivement liées à une réalité qui diffère en fonction du lieu, du temps et de bien d'autres facteurs. L'idée peut être défendue que rien n'est intrinsèquement *bien* ou *mal*, qu'il n'existe de bien et de mal qu'en fonction d'un ensemble de règles données. Ces deux notions sont en réalité des concepts créés par l'homme pour organiser la vie en société, cela signifie notamment que le bien et le mal n'existent pas en tant que tels et qu'ils nécessitent l'intervention d'une autorité légitime tierce pour se réaliser. Le droit en est un parfait exemple. Car si nous sommes pour la plupart capables de dire ce qui est bien ou mal, c'est que l'idée nous a d'abord été inculquée ; par des parents, par une institution religieuse, par le législateur etc… Et le simple fait que deux individus pris au hasard ne pourront jamais être toujours d'accord sur ce qui est bien ou mal démontre la contingence de ces concepts. Si un fait ou un acte pouvait être intrinsèquement bon ou mauvais, alors les débats autour de ces caractères n'auraient jamais lieu d'être puisque la question ne viendrait même pas aux esprits. Une qualité intrinsèque ne peut jamais se réfuter, puisqu'elle est – justement – intrinsèque.

En ce qui concerne le cas du détournement de pouvoir, le Conseil d'État le définit de la manière suivante : « *une illégalité consistant, pour une autorité administrative, à mettre en œuvre l'un de ses pouvoirs dans un but autre que celui pour lequel il lui a été confié (en poursuivant par exemple un intérêt purement personnel, ou un but exclusivement financier)* »[553]. Il ressort de cette définition que le fait pour l'Administration de prendre un acte dans un but autre que celui qui aurait dû être, est répréhensible du point de vue du droit, mais potentiellement aussi de celui de la moralité administrative (lorsque le but poursuivi est de nature purement personnelle ou financière). C'est en tout cas l'idée que nous défendons, celle de dire que les points de vue de HAURIOU et WALINE quoi qu'ils semblent opposés, ne le sont pas nécessairement tant que cela, car tous les deux fondés sur des extrapolations.

[552] MESCHERIAKOFF (A.-.S.), *La place du médiateur dans les institutions françaises : un bilan de 10 ans d'existence*, RFAP, 1983, p. 533.
[553] Glossaire en ligne disponible sur le site du Conseil d'État (https://www.conseil-etat.fr/Glossaire). Entrée : détournement de pouvoir.

Comme bien souvent en droit, la définition que l'on donne aux termes étudiés est d'une importance capitale pour la bonne compréhension du sujet. La « morale juridique » que prône HAURIOU est une morale manichéenne fondée sur une distinction entre la nature des intérêts, ainsi lorsqu'il évoque l'Administration, il assimile la distinction entre le bien et le mal à la distinction entre l'intérêt du public et l'intérêt du service. Il s'agit donc d'une interprétation extrapolée de ce qu'est la morale lorsqu'elle est appliquée au droit. De même, lorsque WALINE évoque le fait que la violation de l'esprit de la loi est encore une violation de la loi, et donc une illégalité, il va plus loin dans son interprétation que ce que sous-entend normalement la violation de la loi.

Il est alors possible de constater que le contrôle du détournement de pouvoir, peu importe qu'on lui attribue le rôle de contrôler la moralité ou la légalité, ne voit pas sa logique modifiée. Simplement parce qu'il s'agit du contrôle d'un même objet auquel on donne un nom et une portée différente. L'opposition entre les deux auteurs apparaît alors éminemment conceptuelle, sans que cela ne vienne impacter de manière concrète le contrôle du détournement de pouvoir.

La moralité entendue au sens du but poursuivi par l'usage d'un pouvoir discrétionnaire ne peut et ne pourra selon nous jamais être contrôlée. La légalité, elle, le peut car elle est en quelque sorte la moralité appliquée au droit.

De manière plus générale enfin, la première cause de confusion entre légalité et moralité administrative lorsque l'on se concentre sur l'étude du principe de bonne administration se trouve être l'influence de la notion anglo-saxonne de *maladministration*, que l'on pourrait très simplement traduire par « mauvaise administration » sans toutefois parvenir à ne serait-ce qu'effleurer son sens véritable. Sans consacrer trop de temps à l'étude de ce sujet éloigné de notre recherche, il reste bon de noter que l'erreur serait de croire que la *maladministration* représente le contraire de la bonne administration. Même si les deux notions présentent des points de convergence, leurs fondements ne sont pas les mêmes.

Toutefois, il est intéressant de constater que selon certains auteurs, le phénomène de *maladministration* concerne aussi bien des éléments relevant de la moralité administrative que de la légalité[554] (même si l'on pourrait considérer, en suivant l'exemple de WALINE, que tout n'est finalement que souci de légalité dans la mesure où les errements au niveau de la morale administrative sont sanctionnés par le droit).

[554] Voir : CAIDEN (G. E.), *What Really Is Public Maladministration?*, Public Administration Review, vol. 51, no. 6, 1991, pp. 486–493. Ressource en ligne : *JSTOR*, www.jstor.org/stable/976599.

B. La relation avec le silence de l'Administration

Si l'on cherche maintenant à établir un lien entre le principe de bonne administration et le silence de l'Administration, il apparaît au regard des réflexions que nous avons menées jusqu'ici concernant les rapports entretenus par les principes de sécurité juridique et de légalité avec la décision implicite de l'Administration que cette dernière s'inscrit tout à fait dans la problématique de la bonne administration dans la mesure où elle constitue un outil fondamental de l'action administrative, et soulève autant de questions sur son usage que sur son contrôle juridictionnel.

En outre, le mouvement de subjectivisation du droit public que nous avions commencé à détecter par l'étude de l'évolution de la décision implicite semble être confirmé à nouveau par l'influence croissante de la bonne administration sur notre droit interne. L'évolution de la décision implicite semble suivre ce mouvement impulsé par le principe directeur mais est largement freinée par ses limites intrinsèques.

1) La qualification de droit subjectif

La question des droits subjectifs ayant fait l'objet de nombreux travaux[555], nous nous contenterons ici simplement d'effectuer les rappels nécessaires à la démonstration.
D'après la définition donnée par BONNARD : « le droit subjectif est le pouvoir d'exiger de quelqu'un, en vertu d'une règle de droit objectif, quelque chose à laquelle on a intérêt, sous la sanction d'une action en justice ; le contenu de la chose exigible étant fixé immédiatement soit par le droit objectif, soit par un acte juridique individuel »[556].

Il apparaît donc à la lecture de cette définition que le principe de bonne administration ne semble pas entrer dans le cadre des droits subjectifs. Cette conclusion est également partagée par E. CHEVALIER dans sa thèse[557], qui considère que manquent certains éléments essentiels et estime que la confusion vient aussi du fait que la notion de droit subjectif est souvent confondue avec celle de droit fondamental ou de principe général du droit.

La principale raison à cela peut être recherchée dans le fait que le caractère fondamental d'un droit est « un préalable à la qualification de droit subjectif » selon E. CHEVALIER[558]. Trois approches ont été retenues par E. PICARD pour tenter d'identifier les droits fondamentaux. La

[555] Voir notamment : FOULQUIER (N.), *Les droits publics subjectifs des administrés : émergence d'un concept en droit administratif français du XIXe au XXe siècle*, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, volume 25, 2003, 805 p. ; AFDA, *Les droits publics subjectifs des administrés*, LexisNexis, coll. Colloques et débats, 2011, 238 p.
[556] BONNARD (R.), *Les droits publics subjectifs des administrés*, RDP, 1932, pp. 695 et s., spéc. p. 707.
[557] CHEVALIER (E.), *Bonne administration et Union européenne*, coll. Droit administratif, Bruylant 2014, p. 277.
[558] CHEVALIER (E.), *Bonne administration et Union européenne*, coll. Droit administratif, Bruylant 2014, p. 277.

première, l'approche intuitive impressionniste, consiste à « traiter des divers droits que l'on ressent comme fondamentaux ». Cette méthode, d'après l'auteur, n'est pas suffisamment pertinente d'un point de vue scientifique car elle fait abstraction de la question de la *fondamentalité*, ce qui pose évidemment problème lorsqu'il s'agit d'identifier un droit fondamental.
La deuxième approche est l'approche positiviste, consistant en « une simple lecture de la jurisprudence, fort sommaire : est fondamental tout droit que les textes ou les juges disent fondamental ».
La troisième approche est dite dogmatique ou systématique en ce sens qu'elle consiste à postuler que dans notre ordre juridique, le constitutionnel étant fondamental, les droits fondamentaux sont les droits constitutionnels »[559].

En vérité, il ressort de ces approches qu'aucune ne reflète réellement la manière d'identifier un droit fondamental. L'identification d'un droit fondamental relève finalement de la conjonction de ces trois approches (et au-delà)[560]. Quoi qu'il en soit, cette brève étude montre que le principe de bonne administration n'entre dans aucune des approches évoquées et ne peut de ce fait prétendre à une qualification de droit fondamental.

En outre, l'un des éléments fondamentaux de la définition de la notion de droit subjectif faisant défaut au principe de bonne administration est celui de l'existence d'une voie de recours, ce qui semble d'ailleurs être le point essentiel de la définition donnée par KELSEN[561]. En effet, aucune voie de recours n'existe contre la violation du principe de bonne administration en tant que tel (ni d'ailleurs contre la plupart des principes dont il est composé).
C'est ce qui distingue le *Grand droit* et le *Petit droit*, pour reprendre les mots du Doyen CARBONNIER[562].

Ce questionnement sur la nature du principe de bonne administration résulte entre autres du fait que l'ordre juridique de l'Union européenne n'a aucune réticence particulière à l'égard des droits subjectifs dans la mesure où ils sont inhérents à sa construction. Cependant, comme nous venons de le voir, la bonne administration doit se voir refuser la qualification de droit subjectif.

Cela étant, nous pourrions peut-être trouver à nuancer cette affirmation en poussant plus loin le raisonnement. En effet, sans doute est-il possible de rapprocher la notion de droit

[559] PICARD (E.), *L'émergence des droits fondamentaux en France*, AJDA, numéro spécial, 1998, pp. 6 et s. spéc. p. 7.
[560] Voir : VIALA (A.), *Droits fondamentaux (Garanties procédurales)*, *in* D. CHAGNOLLAUD (dir.), *Dictionnaire des droits fondamentaux*, Paris, Dalloz, 2006, pp. 287-288.
[561] KELSEN (H.), *Théorie pure du droit*, Paris, LGDJ, 1999, pp. 140 et s.
[562] CARBONNIER (J.), *Flexible droit*, Paris, LGDJ, 2001, pp. 93 et s.

subjectif et le principe de bonne administration en s'intéressant par exemple au droit au fonctionnement normal du service public[563] dans la mesure où celui-ci peut être assimilé à la fois à un droit public subjectif et à une garantie de bonne administration, et qu'il est susceptible d'ouvrir des actions (notamment en réparation). Par extrapolation, il serait donc possible d'estimer qu'il existe une voie de recours contre la violation du principe de bonne administration. Quoique cette réflexion ne soit pas dénuée de pertinence, nous préférons néanmoins rester prudents sur cette interprétation fondée en partie sur des incertitudes.

Pour autant, ce constat ne signifie pas pour autant que le principe directeur ne traduit pas une subjectivisation du droit (en l'occurrence celui de l'Union européenne). En effet, il possède une portée normative indéniable en dépit de son caractère protéiforme et difficilement définissable, et témoigne – du fait des principes qui le composent – d'une prise en compte accrue des intérêts des particuliers/individus.
Cette influence ne se limite pas seulement à l'ordre juridique européen comme le prouve l'évolution de la décision implicite en France, qui tend – en théorie du moins – à suivre le phénomène impulsé par le droit de l'Union européenne.

2) Le lien entre bonne administration et décision implicite : l'impact de la déontologie administrative

Lorsque nous nous sommes intéressés à la question de la moralité administrative, il est un point que nous n'avons pas abordé : celui de la déontologie administrative. Or, celle-ci constitue un point essentiel dans la relation existant entre la bonne administration et la pratique de la décision implicite par l'Administration.

Comme nous allons le voir, la déontologie fait non seulement partie intégrante du principe de bonne administration, mais impacte également la manière dont l'Administration utilise la décision implicite en lui faisant adopter des comportements qu'aucun texte n'impose ni même ne suggère.

[563] Ce droit découle du principe de mutabilité, l'une des trois lois régissant le fonctionnement du service public (dites « lois de Rolland »). On peut trouver une illustration jurisprudentielle de la sanction par le juge administratif du non-respect de ce droit dans un jugement du TA de Versailles en date du 3 novembre 2003 (TA Versailles, 3 novembre 2003, *Kepeklian c. Ministre de l'Éducation nationale et a.*, req. n°104490 : AJDA 2004. 937, note S. Deliancourt ; Resp. civ. Assurances, 2004, 233, note Guettier). Le juge administratif estime dans cette décision que « *la mission d'intérêt général d'enseignement qui lui est confiée impose au ministre de l'Éducation nationale l'obligation légale d'assurer l'enseignement de toutes les matières obligatoires inscrites aux programmes d'enseignement tels qu'ils sont définis par les dispositions législatives et règlementaires en vigueur selon les horaires règlementairement prescrits. Le manquement à cette obligation légale qui a pour effet de priver, en l'absence de toute justification tirée des nécessités de l'organisation du service, un élève d'un enseignement pendant une période appréciable, est constitutif d'une faute de nature à engager la responsabilité de l'État* ».

2.1) La distinction entre déontologie, morale et éthique

Dans son acception traditionnelle, la moralité administrative voudrait que les décisions administratives soient motivées par l'intérêt général[564], or avec l'évolution de la décision implicite d'acceptation, on assiste à une prise en compte accrue des intérêts particuliers. Un autre point à prendre en compte réside dans le fait de considérer la moralité administrative comme composante de la déontologie administrative.

Ce point pose question dans la mesure où il ne s'agit pas de l'opinion couramment admise[565]. Il convient de rappeler à titre liminaire que le terme « déontologie » provient de l'anglais *deontology*, qui est lui-même issu du grec *deon*, *deontos* signifiant « ce qu'il faut faire, ce qu'il convient de faire ». Il est donc possible de déduire de ces origines antiques une connotation morale de la déontologie. Cependant, il est également vrai d'admettre que le terme tel que nous le connaissons s'est développé dans un cadre plus distant de la morale, pour ne pas dire exclusivement professionnel.

Nous ne pouvons donc pas tirer de conclusions directement de cette brève analyse étymologique et il devient encore plus difficile de le faire lorsque l'on s'intéresse à la déontologie appliquée à un domaine particulier tant il en existe de formes et d'expressions. Par exemple, les juristes, écrit D. TRUCHET, n'ont pas une déontologie mais plusieurs : « *tout le monde s'y met avec des chartes ou des codes dont les origines, les expressions, les modalités et l'autorité sont étonnamment variées* »[566]. Cependant, et de manière générale, pour Y. GAUDEMET, la déontologie est « *virtuellement entièrement absorbée par la répression disciplinaire* »[567]. Il explique que dès lors, « *l'autonomie de la déontologie par rapport au disciplinaire est susceptible d'être recherchée dans deux directions opposées* »[568]. D'un côté serait la « bonne déontologie » et de l'autre se trouverait la « mauvaise » déontologie. La première se définit comme celle qui oblige moralement et sociologiquement sans constituer une faute disciplinaire, il s'agit d'une obligation de comportement à adopter supplémentaire (et complémentaire) aux obligations juridiquement sanctionnées. L'auteur considère que cette définition constitue la véritable déontologie, malheureusement en recul de nos jours au profit de la seconde définition.

---

[564] BALLANDRAS-ROZET (C.), *Réflexions sur la dimension morale du détournement de pouvoir*, AJDA 2007 p. 2236.
[565] VIGOUROUX (C.), *Déontologie des fonctions publiques 2013 - 2014, droits, obligations, garantie, discipline*, 2ème éd., Dalloz, Paris, 2012, 731 p.
[566] TRUCHET (D.), *Pour une autre déontologie des juristes*, PUF, 2014, cité par : GAUDEMET (Y.), *De l'intérêt général à la déontologie (Petites observations sur un grand sujet)*, in *L'intérêt général, Mélanges en l'honneur de D. Truchet*, Dalloz, 2015, pp. 225-232, spéc. p. 226.
[567] GAUDEMET (Y.), *De l'intérêt général à la déontologie (Petites observations sur un grand sujet)*, in *L'intérêt général, Mélanges en l'honneur de D. Truchet*, Dalloz, 2015, pp. 225-232, spéc. p. 226.
[568] *Ibid.*

Celle-ci se caractérise au contraire par une manière « originale d'écrire la légalité disciplinaire »[569]. De ce fait, la déontologie répond à des considérations moins nobles selon l'auteur. En effet, la déontologie se départit alors de sa dimension morale pour ne devenir qu'un rappel du droit disciplinaire préexistant ; la déontologie se trouve ainsi instrumentalisée, une sorte d'outil de communication *marketing*. Pour reprendre l'exemple de la déontologie appliquée aux juristes, D. TRUCHET écrit que « *l'essentiel de la déontologie est alors de susciter la confiance de la société et des citoyens envers une profession* »[570].

En outre, selon Christian VIGOUROUX, il faut distinguer la déontologie – d'ordre strictement professionnel – de la morale et de l'éthique, dans la mesure où : « la morale recouvre les principales règles qu'une société ou une culture propose à ses membres et se donne à elle-même et que l'opinion accepte comme une référence »[571]. L'éthique, quant à elle, est personnelle et exprime une recherche de sagesse dans la conduite et l'action. Il s'agit de l'ensemble des principes moraux qui sont à la base de la conduite de chacun[572]. Pour Aristote, l'objectif de l'éthique est de définir ce qui doit être[573].

Le point de vue exposé par G. RIPERT sur le lien existant entre droit et morale est particulièrement riche d'enseignement et pouvant servir de parallèle avec la déontologie assimilée au droit. Dès 1925, l'auteur avance la thèse qu'il n'existe entre la règle morale et la règle juridique « *aucune différence de domaine, de nature et de but ; il ne peut y en avoir, car le droit doit réaliser la justice et l'idée de juste est une idée morale* »[574]. S'il n'entend pas confondre le droit et la morale, G. RIPERT défend néanmoins l'idée que les deux sont liés. En quelque sorte, la morale précède le droit. L'auteur explique que lorsque la règle a été sanctionnée par le législateur, « *elle se détache de son fondement moral, car l'ordre juridique établi se suffit à lui-même, et cette distinction entre droit et morale est la condition même de la liberté politique* »[575].

Tout comme l'obligation civile se rattache à la vie morale, les règles de déontologies – contraignantes par essence –, peuvent également s'y rattacher de la même manière, dans un contexte néanmoins professionnel.

---

[569] *Ibid.*, p. 227.
[570] TRUCHET (D.), *Pour une autre déontologie des juristes*, PUF, 2014, p. 11.
[571] VIGOUROUX (C.), *Déontologie des fonctions publiques 2013 - 2014, droits, obligations, garantie, discipline*, 2ème éd., Dalloz, Paris, 2012, 731 p.
[572] Définition du dictionnaire Larousse en ligne. Entrée : éthique.
[573] ARISTOTE, *Éthique à Nicomaque*, éd. révisée Vrin, 1994, 540 p.
[574] RIPERT (G.), *La Règle morale dans les obligations civiles (1925)*, 4e éd., LGDJ, 1949, rééd. 2013, 424 p., spéc. p. 28.
[575] RIPERT (G.), *Droit naturel et positivisme juridique*, Annales de la Faculté de droit d'Aix, nouvelle série, n° 1, 1918, Paris, rééd. Dalloz, 2012, p. 10, cité par HERRERA (C.-M.), *Georges Ripert en politique*, Droits, vol. 65, n° 1, 2017, pp. 181-199, spéc. p. 185.

Ôter le fondement moral de la règle de droit, c'est donc le dénaturer et ne conserver qu'une sanction abusive. En ce sens, l'obligation civile reste une « simple application technique de la loi morale qui régit les rapports des hommes entre eux »[576].

Selon les mots d'HERRERA reprenant la pensée de RIPERT : « *Plus la règle juridique aura conservé le caractère général de la règle morale, plus le juge aura une importance capitale dans son application : le juge est avant tout juge de la moralité des actions humaines, qu'il qualifie de bonnes ou mauvaises* »[577].

Ainsi, de même que le droit reste du droit alors qu'il n'est pas étranger à la morale (ni à l'éthique), la déontologie, si elle sert à définir aujourd'hui l'ensemble des devoirs liés à une profession, demeure elle aussi basée sur des idées indissociables de la moralité.

Deux arguments viennent davantage étayer cette opinion. D'abord, le fait que le terme de déontologie tel que nous le connaissons aujourd'hui a été créé par Jeremy BENTHAM dans un ouvrage intitulé *Deontology or the science of morality*[578], traduit en français par *Déontologie ou science de la morale*. Il apparaît alors à la lecture du titre que les deux notions – sans se confondre – sont extrêmement liées et que, malgré les évolutions de la notion, ses fondements idéologiques demeurent.

Ensuite, le fait que la déontologie permet de définir des corpus de règles basées sur trois principes fondamentaux : la probité, l'impartialité et l'efficacité.
Comment nier alors la dimension morale de la déontologie lorsque les règles qui en découlent répondent de principes eux-mêmes nés de la morale ? Et ce, même si certains auteurs, à l'image de Y. GAUDEMET, pensent que « la déontologie se perd dès lors qu'elle est écrite »[579].

Pour conclure sur ce point, il convient de dire que même si l'on considère que la déontologie – de manière générale – peut (et doit) être dissociée de la morale et de l'éthique, il semble néanmoins pertinent d'inclure la moralité dans son contenu. C'est en effet de la morale que découle l'obligation comportementale (par extension, déontologique) à adopter, et le droit n'est que la technique nécessaire pour créer et faire appliquer la sanction découlant de la méconnaissance de cette obligation.

---

[576] RIPERT (G.), *op.cit.*, p. 20.
[577] HERRERA (C.-M.), *Georges Ripert en politique*, Droits, vol. 65, n° 1, 2017, pp. 181-199, spéc. p. 186.
[578] BENTHAM (J.), *Deontology, Or the science of morality*, Sagwan Press, 2015, 350 p.
[579] GAUDEMET (Y.), *De l'intérêt général à la déontologie (Petites observations sur un grand sujet)*, in *L'intérêt général, Mélanges en l'honneur de D. Truchet*, Dalloz, 2015, pp. 225-232, spéc. p. 232.

2.2) L'intérêt général comme fondement commun

Si l'on tente ensuite de faire apparaître un dénominateur commun juridique à toutes ces notions, il nous semble que l'intérêt général puisse tout à fait endosser ce rôle. On peut en effet constater que les contraintes imposées par la morale, la déontologie et l'éthique chacune à leur échelle et dans leurs domaines respectifs ont presque toujours vocation à protéger (ou du moins respecter) l'intérêt général d'une manière ou d'une autre. Toutes ces règles issues de la morale, de l'éthique ou de la déontologie ont pour but essentiel d'organiser la vie en société.

Concernant la morale tout d'abord, si l'on s'en tient à sa définition utilitariste[580] (qui nous semble être la plus pertinente en tant qu'il s'agit de la morale d'un monde laïcisé[581]) il ressort que ce sont les conséquences heureuses d'une action qui déterminent sa valeur morale. J. BENTHAM, inspiré par Joseph PRIESTLEY, définit l'utilitarisme en estimant que le bien moral est donc ce qui sert l'intérêt du plus grand nombre ou ce qui promeut le plus grand bonheur possible pour le plus grand nombre.

L'éthique, ensuite, est « *inséparable de l'idée d'administration au service des citoyens et usagers, dans le sens où elle est consubstantielle à l'existence d'un État dédié à la défense de l'intérêt général et à la recherche du bien commun* »[582].

Enfin, la déontologie, nous l'avons vu, est également indissociable de l'idée d'intérêt général, que l'on désigne parfois comme le « bien commun », dans la mesure où il s'agit du fondement principal de l'Administration française. Les principes déontologiques visent donc à assurer que cette Administration poursuive cet objectif de la manière la plus transparente et efficace possible[583].

L'une des questions qu'il est dès lors possible de se poser est celle qui permet de se demander si faire primer un intérêt particulier sur l'intérêt général signifie pour autant que la satisfaction de cet intérêt s'oppose à celle de l'intérêt général ? Probablement pas. Du moins ce n'est pas là notre conviction.

---

[580] Le fondateur de la morale utilitaire est Jérémie Bentham (1748-1832).

[581] MANON (S.), *L'utilitarisme ou l'intérêt de la morale*, PhiloLog, 31 janvier 2008 [En ligne]. https://philolog.fr/lutilitarisme-ou-morale-de-linteret/ [Consulté le 2 juillet 2019].

[582] BARTOLI (A.) et al, *Vers un management public éthique et performant*, RFAP 2011/4 (n° 140), pp. 629-639.

[583] Comme pour confirmer ce lien entre déontologie et intérêt général, il est intéressant de remarquer que se tenait le 27 juin 2019 à Mexico un séminaire franco-mexicain intitulé « Déontologie et transparence au service de l'intérêt général ».

On remarque souvent une tendance à opposer les deux notions alors qu'elles sont fondées sur des considérations différentes ; la prévalence de l'une sur l'autre n'entraîne pas automatiquement le dénigrement de l'autre.

Notre conception française de l'intérêt général, formulée par ROUSSEAU dans le *Contrat social*[584], ne résulte pas de la somme des intérêts particuliers mais exprime une « volonté générale ».
Cela ne signifie pas pour autant que le lien avec les intérêts particuliers n'existe pas, simplement contrairement à la conception anglo-saxonne, notre notion d'intérêt général et celle d'intérêt particulier ne se situent pas sur un même plan.

Par conséquent, le rôle du législateur est précisément de faire en sorte d'inciter les individus à agir dans le sens de l'intérêt général tout en poursuivant leurs intérêts particuliers. De là, il apparaît que les deux notions ne reposent pas sur les mêmes fondements et ne visent donc pas la satisfaction des mêmes besoins. L'intérêt général résulte d'une « identification artificielle des intérêts », contrairement aux intérêts particuliers qui résultent d'une « identification naturelle des intérêts »[585]. Ainsi que l'exprime BENTHAM : « *Chaque individu a pour occupation constante le soin de son bien-être : occupation non moins légitime que nécessaire ; car supposez qu'on pût renverser ce principe, et donner à l'amour d'autrui l'ascendant sur l'amour de soi-même, il en résulterait l'arrangement le plus ridicule et le plus funeste* »[586].

La prévalence des intérêts particuliers sur l'intérêt général ne nuit pas automatiquement à ce dernier, car même dans l'hypothèse peu plausible où le droit public dans sa globalité tendrait désormais à faire de la satisfaction des intérêts particuliers son nouveau fondement, cela ne ferait pas nécessairement disparaître pour autant la notion d'intérêt général telle que nous la connaissons en droit public français, qui resterait une notion supérieure au moins pour le législateur. Une telle évolution n'est toutefois pas souhaitable pour de nombreuses raisons[587].

Le problème est donc ailleurs dans cette situation : l'action administrative n'est plus en cohérence avec ses fondements (ou en tout cas, on peut constater qu'elle s'en éloigne de plus en plus). L'hypothèse que l'on peut avancer pour tenter d'expliquer ce décalage réside dans la grande généralité de la conception française d'intérêt général, de plus en plus handicapante au regard de la spécialisation croissante du droit, toujours plus précis et spécifique.

---

[584] ROUSSEAU (J.-J.), *Du contrat social*, Flammarion, 2011, 255 p.
[585] Ces expressions appartiennent à Élie HALÉVY. Voir : HALÉVY (E.), *La formation du radicalisme philosophique*, Tome I, PUF, 1998, 448 p.
[586] BENTHAM (J.), *Traités de législation civile et pénale*, Tome I, 3ème éd., Rey et Gravier, Paris 1830, p. 329.
[587] Pour une étude approfondie, voir *infra*, p. 255 et s.

Et s'il est vrai de dire qu'il est possible d'identifier des sous-catégories et des déclinaisons au sein de l'intérêt général, rendant ainsi la notion davantage opérationnelle en droit, il reste que ces occurrences restent ponctuelles.

2.3) Le rapport entre déontologie et décision implicite : une extrapolation limitante

Si l'on se concentre plus particulièrement sur la décision implicite, on remarque que d'un point de vue déontologique, les diverses administrations approchées ont une tendance à recourir prioritairement à la décision explicite. La raison principale invoquée est précisément d'ordre déontologique : il s'agit d'étudier chaque dossier avec la même attention. Lorsque le délai après l'expiration duquel une décision implicite intervient est dépassé, la décision implicite est perçue comme une sanction. En somme, dans ce cas la décision naît en quelque sorte d'une défaillance de l'Administration.

Il résulte de ce raisonnement que le principe de bonne administration – d'un point de vue déontologique – n'est pas respecté, or nous nous situons dans un cadre déontologique qui ne découle officiellement d'aucun texte mais davantage d'une pratique et d'une conviction.
De ce fait, une des étapes à franchir afin de pouvoir faire de la décision implicite un levier de la modernisation de l'Administration consiste à dépasser ce blocage « psychologique » résultant essentiellement d'une pratique historique et d'une idéologie doctrinale profondément ancrées dans l'imaginaire administratif[588].

À titre subsidiaire, on peut également remarquer une forme d'interférence entre les différents principes censés composer la déontologie, notamment entre le principe d'impartialité et celui d'efficacité.

Dans le cadre de la décision implicite, telle que « pratiquée » par notre Administration, il paraît intéressant de soulever l'interrogation d'une éventuelle hiérarchie entre ces principes composants la déontologie car on remarque assez clairement dans la situation précédemment évoquée que le respect prononcé du principe d'impartialité par l'Administration dans l'étude des dossiers qui lui sont soumis (donc une impartialité objective) entre directement en conflit avec le principe d'efficacité.

En effet, nous l'avons déjà évoqué, nul besoin de démontrer à nouveau qu'une décision implicite représente un gain de temps conséquent par rapport à une décision explicite.

[588] Voir *infra*, p. 223 et s.

Pour autant, gagner du temps en favorisant le recours à la décision implicite ne signifie évidemment pas sacrifier l'étude des dossiers concernés, il s'agit simplement d'un gain de temps fondé sur le mode de réponse.

De ce fait, il apparaît que le respect de l'impartialité n'empêche aucunement le respect de l'efficacité de manière intrinsèque, c'est davantage l'importance donnée au premier principe – dans la pratique – qui fait naître ce déséquilibre.

§2. La décision implicite : un outil d'amélioration de la célérité administrative dans la prise de décision

L'idée que nous défendons dans cette étude de la décision implicite est celle selon laquelle le caractère implicite d'une décision de l'Administration peut constituer un élément majeur de sa modernisation dans la mesure où il peut permettre une prise de décision bien plus rapide que lorsque des écrits sont nécessaires **(A)**. Pour autant, la décision implicite telle que définie et utilisée aujourd'hui ne permet pas de garantir une efficacité permanente **(B)**.

A. La décision implicite, un outil respectueux de la célérité, principale caractéristique de la diligence

Il nous semble important dans un premier temps de revenir sur le terme d' « outil » que nous choisissons d'employer pour se référer à la décision implicite afin de définir son sens.
Une décision administrative est normalement définie comme étant « un acte juridique fait dans le cadre et pour l'exécution d'une opération juridique. D'un point de vue organique, il s'agit d'un acte émanant d'une autorité administrative et d'un point de vue matériel, un acte unilatéral à caractère individuel »[589]. Selon CHAPUS, un acte administratif est le fruit de l'exercice d'une prérogative de puissance publique par une autorité administrative[590]. Le critère fondamental permettant de caractériser l'administrativité d'une décision est donc essentiellement d'ordre matériel, « *fondé sur la distinction des notions de puissance publique et de gestion privée* »[591].
Le dictionnaire Larousse définit quant à lui l'outil en tant qu'« élément d'une activité qui n'est qu'un moyen, qu'un instrument »[592].
De notre point de vue, la décision implicite de l'Administration peut parfaitement être considérée comme un outil dans la mesure où, si elle n'est pas réductible à cette simple condition, elle présente néanmoins des caractéristiques permettant à l'Administration d'optimiser son efficacité. En cela, la décision implicite peut être qualifiée d'outil.

[589] CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, PUF, 12ème éd., 2017.
[590] CHAPUS (R.), *Droit administratif général,* Tome 1, Montchrestien, 15ème édition, 2001, 705 et s.
[591] *Ibid*., spéc. 717.
[592] *Le Grand Larousse illustré* 2020, éd. mai 2019.

La notion de diligence appliquée à l'Administration possède une certaine complexité du fait de son ambivalence. Pauline PARINET explique dans sa thèse[593] que la diligence est définie à la fois comme « le soin appliqué, mis dans l'exécution d'une tâche » et comme « la célérité et l'exactitude dans l'exécution » de cette tâche »[594]. Néanmoins c'est davantage sur l'aspect célérité de la diligence que nous allons concentrer notre étude. Car comme nous le défendons, la décision implicite – a fortiori de rejet – permet par sa nature d'être considérée comme un outil favorisant la célérité de l'Administration dans sa prise de décision.

En effet, comme le remarque également Pauline PARINET : « *l'inefficacité souvent reprochée à l'administration 'se manifeste par sa lenteur'* »[595]. De ce point de vue, la décision implicite ne laisse pas de place à la lenteur à proprement parler. Certes, d'aucuns pourraient arguer que le délai moyen de deux mois avant qu'une décision implicite ne naisse est précisément signe de lenteur, pourtant lorsque l'on compare aux délais moyens nécessaires à l'Administration pour prendre une décision de quelque nature qu'elle soit, on remarque que les écarts ne sont pas significatifs.

La raison de cette impression de lenteur résulte probablement du fait que si le législateur impose un délai maximum après l'expiration duquel naît une décision, il est possible d'en déduire que l'Administration devrait être en capacité de prendre la même décision de manière explicite avant l'expiration de ce délai, donc plus rapidement que si elle décide de laisser s'écouler le délai légal.

Un point intéressant à relever réside dans le fait que la célérité de l'Administration est souvent opposée à l'inaction de cette dernière, donc à une carence. Or, le mécanisme de la décision implicite est justement prévu pour empêcher toute carence de l'Administration dans la prise de décision. Donc une décision implicite naît bien du silence de l'Administration – une forme d'inaction, même si nous avons pu émettre des nuances sur ce point[596] – mais n'est pas une carence. Il est donc légitime de se demander si l'exigence de diligence, notamment dans sa dimension « célérité », trouve à s'appliquer concernant la décision implicite.

Deux points peuvent être ici discutés. D'un côté, il est possible de considérer qu'il n'existe effectivement pas d'obligation de diligence à proprement parler en ce qui concerne la décision implicite dans la mesure où la lenteur d'action excessive de l'Administration dans

[593] PARINET (P.), *La carence de l'Administration*, Thèse Tours, 2017, 594 p., spéc. p. 236.
[594] Entrée « diligence » du Centre national des ressources textuelles et lexicales : http://www.cnrtl.fr/definition/diligence.
[595] DELAUNAY (B.), *L'amélioration des rapports entre l'administration et les administrés, Contribution à l'étude des réformes administratives entreprises depuis 1945*, Paris, LGDJ, Coll. Bibliothèque de droit public, tome 172, 1993, p. 13.
[596] Voir *supra*, p. 49 et s.

cette hypothèse est de toute façon sanctionnée par une décision au terme d'un délai prédéfini par le législateur ou le pouvoir réglementaire.

Il ne faut pas omettre, comme le rappelle L. CLUZEL-METAYER[597], que la rapidité n'est pas un critère objectif et qu'il est donc nécessaire de l'apprécier par rapport à un élément de référence[598]. C'est la raison pour laquelle cette exigence de diligence est encadrée par la notion de délai raisonnable, qui « *implique souvent une certaine rapidité de la part de l'Administration* »[599]. Ce constat reste relativement logique dans la mesure où c'est le retard qui est reproché le plus souvent à l'Administration, de ce fait, le caractère « raisonnable » du délai tend à réduire le temps d'attente de l'administré plutôt que de l'allonger.

Cependant, la particularité de la décision implicite comme nous l'avons relevée par rapport aux autres hypothèses de lenteurs, voire de carences, est qu'elle naît précisément d'un délai prédéfini, que l'on peut donc considérer comme raisonnable puisque fixé par le législateur. En somme dans le cas particulier de la décision implicite, il ne peut y avoir de manquement à une éventuelle « *obligation de diligence* »[600]. Car c'est finalement la durée de l'inaction qui normalement permet de conclure à la méconnaissance d'une obligation, et ce « *afin de ne pas tromper la confiance légitime que le début de l'opération a fait naître* »[601] comme l'évoque Benoît CAMGUILHEM. Or, dans le cas de la décision implicite, il n'existe rien de tel ; ou plutôt, la confiance légitime ne peut pas être « trompée » dans la mesure où quoiqu'il arrive, une décision naîtra.

D'un autre côté, il est possible de considérer qu'il existe néanmoins une forme d'exigence de rapidité dans le domaine de la décision implicite, en cela qu'au-delà de faire naître une décision, le mécanisme du sens donné au silence maintenu par l'Administration pendant un certain délai tente également de restreindre la durée potentielle de l'inaction de l'Administration. Au regard de ce constat, il est possible de considérer que même si une obligation de diligence ne semble pas peser sur l'Administration lorsqu'il s'agit pour elle de répondre aux demandes faites par les administrés, le législateur tente néanmoins d'encadrer dans le temps cette hypothèse.

Cela étant, un autre constat peut être fait : les délais prévus par la loi et les décrets aux termes desquels naît une décision implicite semblent ne pas avoir pour but spécifique de rechercher la rapidité de l'Administration mais davantage un délai raisonnable. En effet, lorsque

---

[597] CLUZEL-METAYER (L.), *Le service public et l'exigence de qualité*, Paris, Dalloz, Coll. Nouvelle bibliothèque de Thèses, tome 52, 2006, p. 415.
[598] Voir la thèse de Pauline PARINET : *La carence de l'Administration*, Thèse Tours, 2017, 594 p., spéc. p. 241.
[599] PARINET (P.), *La carence de l'Administration*, Thèse Tours, 2017, 594 p., spéc. p. 238.
[600] CAMGUILHEM (B.), *Recherche sur les fondements de la responsabilité sans faute en droit administratif*, Paris, Dalloz, Coll. Nouvelle bibliothèque de Thèses, tome 132, 2014, p. 372.
[601] *Ibid.*, p. 372.

l'on analyse les décrets pris en application de la loi de 2013, on se rend compte qu'ils ne sont absolument pas unifiés[602]. Si l'on compare alors avec la situation telle qu'elle était avant 2013, les délais ont tendance à être en cohérence avec les domaines qu'ils concernent (en tenant compte de l'urgence et de la difficulté des cas concernés) plutôt que de chercher à calquer automatiquement le délai contentieux de deux mois, comme c'est le cas depuis 1900. Cette tendance semble se rapprocher de ce que soulignait Michel STASSINOPOULOS lorsqu'il écrivait « q*u'une bonne administration doit toujours agir dans un temps qui, d'après l'opinion de tout homme de bon sens, est convenable pour son action* »[603].

B. La décision implicite, un outil risqué au regard de la précaution, autre composante de la diligence

Il s'agit ici d'un point quelque peu problématique. En effet, dans la mesure où la décision implicite naît d'une absence de prise de décision expresse par l'Administration, on est en droit de se demander si « le soin appliqué dans l'exécution d'une tâche » est respecté.

Encore une fois, dans le cadre de la décision implicite de rejet, les conséquences sont moindres dans la mesure où la décision n'entraîne pas de modification de l'ordonnancement juridique. Cela n'empêche évidemment pas les décisions hâtives, ou pis encore les décisions dont les requêtes n'ont donné lieu à aucune étude véritable, mais au moins une erreur est rectifiable soit directement par l'Administration de manière non contentieuse, soit par le juge administratif de manière contentieuse. Si la facilité de corriger une telle erreur est toute relative, elle reste au moins envisageable.

En revanche, lorsqu'il s'agit d'une décision implicite d'acceptation, les conséquences sont plus importantes et les rectifications bien plus difficiles à apporter du fait qu'elles octroient des droits, par définition, acquis.

Toutefois, tout cela reste à relativiser, car le soin apporté à l'étude des dossiers auxquels sont liées les décisions en résultant n'est pas lié à la nature explicite ou implicite de la décision. Nous ne pensons pas en effet que l'exigence de diligence soit plus ou moins bien respectée selon qu'il s'agit d'une décision implicite ou explicite. Le seul point de divergence entre les deux réside dans le fait que l'étude peut être purement et simplement omise – en théorie du moins – lorsqu'il s'agit d'une décision implicite, alors que cela est logiquement impossible lorsque la décision rendue est explicite, exception faite d'un défaut flagrant de probité de la part de l'administrateur en question.

---

[602] C'est d'ailleurs précisément le constat inverse que l'on peut faire comme nous le faisons remarquer dans le chapitre suivant.

[603] STASSINOPOULOS (M.), *Traités des actes administratifs*, Athènes, Institut français d'Athènes, 1954, p. 103.

Un autre point qu'il semble pertinent d'évoquer reste la difficulté qui existe dans la nécessité de concilier cette exigence de diligence avec l'intérêt général. Nous l'avons mentionné, mais il ne faut pas confondre rapidité et délai raisonnable.

Le fait que la recherche de l'intérêt général soit inhérente à l'Administration signifie a fortiori que la recherche de rapidité dans l'action administrative, sans être intrinsèquement incompatible, n'est pas toujours la solution à rechercher. Ce constat est parfaitement résumé par P. PARINET dans sa thèse : « *la tendance à l'accélération de l'action administrative ne doit pas faire oublier que l'administration est porteuse de l'intérêt général : or, pour dépasser ce dilemme, l'administration a parfois besoin de temps, la diligence devant également être entendue comme précaution dans l'action administrative* »[604].

[604] PARINET (P.), *La carence de l'Administration*, Thèse Tours, 2017, 594 p., spéc. p. 242.

Section 2. L'obligation d'agir remise en cause par le silence de l'Administration

La question de l'obligation d'agir de l'Administration occupe une place que l'on pourrait qualifier de centrale lorsque l'on s'intéresse au sujet de la décision implicite. Déjà parce que sa définition n'est pas des plus limpides **(§1)** et ensuite parce que nous considérons que la décision implicite d'acceptation interfère assez largement avec l'obligation d'agir dans la mesure notamment où le degré d'autonomie de l'Administration dans la prise de ce type de décision peut potentiellement varier et vider de son sens la notion d'*obligation* d'agir **(§2)**.

§1. L'action administrative : l'oscillation entre obligation d'agir et faculté discrétionnaire

Il est curieux de constater à la lecture de la doctrine contemporaine que cette question de l'obligation d'agir de l'administration est souvent éludée[605], purement et simplement, des réflexions sur l'action administrative. Il s'agit donc ici de savoir s'il existe ou non une obligation juridique d'agir de l'Administration, ou s'il s'agit d'une simple « faculté » **(A)**, et de voir comment celle-ci s'accommode du silence de l'Administration, notamment du silence-acceptation qui concerne plus particulièrement cette question.

A. Une définition ambiguë de la faculté d'agir de l'administration

Nous avons pu commencer à l'évoquer au cours de cette recherche, l'Administration semble être soumise à une obligation d'agir, mais uniquement de manière générale, lorsqu'il existe « *une impossibilité d'absence de norme relativement à la question considérée* »[606]. Toutefois, nous remettons en question ce fait – partiellement du moins – dans la mesure où il existe une difficulté dans la constatation de cette obligation, mis en exergue par deux phénomènes.

D'une part, la réalité de cette obligation ne se vérifie qu'au cas par cas[607], et d'autre part, comme l'énonce G. GUIAVARC'H, « *toute obligation d'agir est 'repérée' après une abstention, sauf dans quelques hypothèses où elle est expressément formulée dans un texte* »[608].

---

[605] Pour des exceptions récentes, voir : PARINET (P.), *La carence de l'Administration*, thèse Tours, 2017, dact., 592 p ; GUIAVARC'H (G.), *Abstention et obligation d'agir en droit public*, thèse Rennes, 1995, dact., 600 p.

[606] *Ibid*., p. 11.

[607] Voir en ce sens : M. GENTOT, conclusions sur l'arrêt du Conseil d'État en date du 7 mai 1971, *Min. de l'Economie et Ville de Bordeaux c/ Sastre,* Rec. p. 8

[608] GUIAVARC'H (G.), *Abstention et obligation d'agir en droit public*, Thèse Rennes, 1995, 600 p., spéc. p. 11.

Cela signifie finalement que l'obligation d'agir n'existe pas en amont de l'abstention, sauf dans certains domaines finalement résiduels. Dit autrement, « *toute abstention sanctionnée est révélatrice de l'impossibilité de l'absence de norme relativement à la question considérée* »[609]. Car s'il peut paraître logique de penser l'inverse, il n'en est finalement rien ; une obligation ne peut exister sans une sanction, alors que la sanction – quoique difficilement envisageable – peut exister sans l'obligation. Car ce qui fait que l'on respecte une obligation réside en partie dans la crainte de la sanction[610]. Par contre, dans l'hypothèse de l'absence d'obligation dans cette équation, la crainte de la sanction se suffit à elle-même. Sans obligation, la sanction est dans ce cas arbitraire et injuste, toutefois elle peut exister. En revanche, sans sanction il semble plus difficile de faire respecter une obligation.

Suite à ce préambule, peut-on donc légitimement considérer qu'une obligation d'agir pèse de façon générale sur l'Administration ? Il semble que répondre par la négative soit ici approprié, même s'il convient d'apporter quelques nuances.

1) L'obligation d'agir mal adaptée en droit public pour définir les contraintes pesant sur l'action administrative

L'auteur de la thèse citée précédemment développe à ce sujet une opinion que nous partageons absolument : l'obligation d'agir ne constitue pas le mode normal d'action des autorités administratives contrairement à la « faculté d'agir »[611]. Pour lui, cette dernière a un champ limité à « l'impulsion, à l'initiative de l'action administrative » là où le pouvoir discrétionnaire concerne « la marge de liberté par rapport à la règle de droit dont dispose l'administration dans la mise en œuvre de son pouvoir ». Ce point de vue est confirmé par la jurisprudence ainsi que par la doctrine[612]. Il s'agit alors d'une « abstention discrétionnaire »[613]. Dans le cas du silence

---

[609] *Ibid.*.

[610] S'il est bien un sujet épineux, c'est celui de l'interrogation sur la raison nous poussant à respecter le droit. Sur le sujet, voir : FLUCKIGER (A.), *Pourquoi respectons-nous la soft law ?*, Revue européenne des sciences sociales. [En ligne] : http://journals.openedition.org/ress/68 ; BÉCHILLON, (D.), *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, éd. Odile Jacob, Paris 1997, p. 61 ; MORAND (Ch.-A.), *Le droit néo-moderne des politiques publiques*, LGDJ, Paris 1999, p. 173 ; TIMSIT (G.), *Archipel de la norme*, PUF, Paris 1997, p. 176 et s. ; Ost (F.) et VAN DE KERCHOVE (M.), *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Presses de l'Université Saint-Louis, Bruxelles, 2002, p. 222 et s. ; MILLARD (E.), *Théorie générale du droit*, Dalloz, Paris 2006, p. 35.

[611] *Ibid*., p. 350

[612] Voir notamment : CE, 22 avril 1992, *SCI Les Résidences de Ninon*, cons. 6 : « *Considérant […] qu'il résulte des termes mêmes de l'article R.315-33 susmentionné du code de l'urbanisme que le préfet a la faculté, mais non l'obligation, d'autoriser le lotisseur […] à procéder à la vente ou à la location de lots avant exécution de tout ou partie des travaux d'aménagement* ».
Également en ce sens : J. MICHOUD, *Étude sur le pouvoir discrétionnaire de l'administration*, Revue générale d'administration, 1914, tome 3, septembre-décembre, p. 5 et 1915, tome 1, p. 193.

[613] GUIAVARC'H (G.), *Abstention et obligation d'agir en droit public*, Thèse Rennes, 1995, 600 p., spéc. p. 352.

de l'Administration, il nous semble que cette hypothèse se vérifie parfaitement, ce que nous allons voir dans les développements suivants.

Toutefois, il convient de reconnaître que cette opinion n'est pas la plus partagée par la doctrine et qu'il est nécessaire de la nuancer. Nombreux sont en effet les auteurs à estimer que l'Administration est soumise à une obligation générale d'agir, notamment lorsque l'on s'intéresse au privilège du préalable[614].
Selon la définition donnée par le Dictionnaire de droit administratif, le privilège du préalable est une procédure inhérente à la décision administrative, rendant celle-ci obligatoire dès son édiction, sans intervention préalable d'une juridiction pour lui reconnaître une telle force. De cette autorité, que l'on nomme *autorité de la chose décidée*, découlent des avantages au bénéfice de l'Administration mais également une contrepartie : l'obligation pour cette dernière de faire usage de ses pouvoirs de décision[615].
P. PARINET le souligne également : « *Renoncer à une partie de son pouvoir serait faillir à sa mission* »[616].

Cette obligation d'agir se serait ensuite développée pour finalement se généraliser à l'ensemble des missions incombant à l'Administration. De fait, pour reprendre les exemples donnés par P. PARINET, en matière d'exercice du pouvoir réglementaire, l'Administration « *a l'obligation de retirer, d'abroger ou de modifier un acte illégal* »[617].
Encore, elle a l'obligation de transposer les directives de l'Union européenne faute de quoi sa responsabilité peut être engagée.

En matière d'exécution de la chose jugée, l'administration se trouve également dans l'obligation de prêter le concours de la force publique à l'exécution d'une décision de justice (même si des exceptions existent, notamment en cas de mise en péril de l'ordre public[618]).

Enfin, lorsqu'il s'agit de la mise en œuvre des pouvoirs de police administrative, il semble plutôt cohérent de reconnaître qu'il existe une obligation d'agir[619]. Sans entrer dans

---

[614] Voir notamment : SCHWARTZENBERG (R.-G.), *L'autorité de chose décidée*, Paris, LGDJ, Coll. Bibliothèque de droit public, tome 93, 1969, p. 63 ; AUBY (J.-M.), *La renonciation au bénéfice de la loi en droit public français*, in *Travaux de l'Association H. Capitant*, tome XIII, Dalloz, Paris, 1963, p. 511.
[615] VAN LANG (A.), GONDOUIN (G.) et INSERGUET-BRISSET (V.), *Dictionnaire de droit administratif*, Sirey, 7ème éd. 2015. Entrée : « Privilège du préalable ».
[616] PARINET (P.), *La carence de l'administration*, Thèse Toulouse, 2017, 594 p., spéc. p. 49.
[617] *Ibid.*, p. 50.
[618] CE, 30 novembre 1923, *Couitéas*, n° 38284 et 48688.
[619] MELLERAY (F.), *L'obligation de prendre des mesures de police administrative initiales*, AJDA 2005, p. 71 ; PERRIN (A.), *Le renforcement de l'obligation d'agir des autorités de police*, AJDA 2015, p. 2277 ; CONSEIL D'ÉTAT, *L'obligation du maire d'user de son pouvoir de police spéciale pour mettre*

le détail, le fait ou non d'exercer le pouvoir de police administrative ne dépend pas d'une question de l'autorité titulaire de ce pouvoir, mais est bien conditionné par le risque d'atteinte grave à l'ordre public.

Dans tous ces exemples, il ressort assez clairement qu'une obligation d'agir existe bel et bien dans le chef de l'Administration, mais la question qu'il convient de se poser ensuite concerne précisément la transposition de cette obligation à la décision implicite. Peut-elle seulement exister lorsque la décision que doit prendre l'Administration se trouve être implicite ? D'un côté, il est possible de considérer que le recours à la fiction de la décision implicite est un indice de l'obligation d'agir de l'Administration dans la mesure où quoi qu'il arrive, une décision doit naître. D'un autre côté, l'existence de la décision implicite peut aussi être perçue à l'inverse comme le rejet d'une telle obligation. En effet, en règle générale, lorsqu'il existe une obligation de faire, le fait de se soustraire à cette obligation engage la responsabilité sur un plan juridique. Or la fiction du silence est précisément là pour empêcher que la situation ne se présente.

Une autre interrogation, plus subsidiaire au regard du sujet qui nous intéresse, mais non moins riche sur la réflexion qu'elle suppose, réside dans le fait de se demander s'il existe véritablement une obligation d'agir, ou s'il ne s'agirait pas davantage d'une conséquence du principe de légalité ? C'est la question à laquelle nous tenterons de répondre d'abord, avant d'évoquer le cas plus spécifique de la décision implicite.

2) Des équivalents à la notion d'obligation à rechercher en droit public

Le principe de légalité, nous l'avons vu, impose le respect de la norme supérieure par la norme inférieure. L'action de l'Administration est donc directement soumise à ce principe dans la mesure où les décisions prises par celle-ci sont des actes réglementaires, devant être à ce titre conformes à la loi et à la Constitution (nous schématisons volontairement). De ce fait, et ainsi que le suggèrent certains auteurs[620], il n'est pas nécessaire de rechercher à tout prix l'inclusion de l'obligation, concept éminemment privatiste, dans le droit public dans la mesure où il y existe d'ores et déjà des outils parfaitement capables de répondre aux mêmes problématiques ; le principe de légalité en est un, sinon le principal.

À ce titre, nous partageons le point de vue développé par B. DELAUNAY qui estime que le terme d'obligation « *est entendu comme une ligne de conduite* », il ne s'agit donc pas

fin a un empiètement sur la voie publique, AJCT 2011, p. 195 ; BRACONNIER (S.), *Les arrêtés municipaux anti-coupures d'eau : une réponse juridique inadaptée a un problème social réel*, AJDA 2005, p. 644 (sur la mise en œuvre des pouvoirs de police générale du maire).

[620] PARINET (P.), *La carence de l'administration*, Thèse Toulouse, 2017, 594 p., spéc. p. 77.

d'une obligation au sens légal du terme. Cette notion peut ainsi être considérée comme un substitut « *de la stricte légalité qui s'impose à l'Administration* »[621].

Sans entrer dans le détail, il semble pertinent de reconnaître cette idée selon laquelle le concept d'obligation ne serait pas le mieux adapté en droit public pour définir l'action de l'Administration et ses limites[622]. A fortiori lorsqu'il s'agit de l'étude de la décision implicite, laquelle précisément ne paraît pas être soumise à une telle obligation.

3) La décision implicite incompatible avec l'obligation d'agir

L'administration peut-elle être considérée comme n'ayant pas respecté une hypothétique obligation d'agir lorsque la décision qu'elle prend naît d'un silence ? Ou la décision implicite ne démontre-t-elle pas au contraire que dans ce domaine précis, une exception existe à l'obligation générale d'agir ? Car lorsqu'une décision implicite naît, l'Administration n'a pas agi. Pourtant une décision naît, emportant tous les effets juridiques d'une décision explicite.

La décision implicite devient alors une simple faculté, car si l'on part du principe qu'il existe une obligation pour l'Administration de prendre une décision, on se retrouve finalement confronté à la situation suivante : si elle laisse s'écouler le délai prévu au terme duquel naît la décision implicite, elle respecte cette obligation sans véritablement la respecter puisque le droit ne lui laisse de toute façon pas le choix de prendre ou non la décision : quoi qu'il arrive, une décision fera suite à la demande d'un administré. À tout le moins, il possible de considérer que l'Administration dispose du choix de la manière dont la décision est prise.

De ce point de vue, il peut apparaître légitime de s'interroger sur le fait de savoir si l'Administration prend réellement une décision – et remplit donc son office – lorsque la décision est implicite. Cela pourrait signifier que la fiction juridique du silence prendrait alors le relai sur le pouvoir discrétionnaire de l'Administration ? Il existe ici un potentiel point de discorde sur lequel il convient de prendre le temps de réfléchir.

Nous avons dit que l'obligation faite à l'Administration d'agir était directement liée (nous pouvons même dire opposée) à la carence. Cela semble logique dans la mesure où le seul moment où l'on peut effectivement constater l'existence d'une obligation de l'Administration (dans la pratique du moins, car certaines obligations ont un support textuel légal ou réglementaire) est lorsqu'il y a une carence, car si le constat d'une carence est fait, alors c'est qu'une obligation d'agir n'a pas été respectée. Dans le cas d'une simple faculté d'agir, la responsabilité de l'Administration ne pourrait pas être engagée pour carence.

---

[621] DELAUNAY (B.), *Obligation de moyens et obligation de résultat et l'effectivité des droits*, in DEGUERGUE (M.) (dir.), *Le juge administratif et l'effectivité des droits*, Publications de la Sorbonne, à paraître.

[622] Voir également sur le sujet : RICCI (J.-C.) et al., *Droit administratif des obligations*, Sirey, 1ère éd., 2018, 624 p.

A contrario, une carence ne peut être constatée que si l'Administration a failli à respecter une obligation d'agir. Or, nous avons déjà convenu du fait que la décision implicite n'est pas le résultat d'une carence mais d'une carence en puissance. Comme une décision intervient quoi qu'il arrive à partir du moment où une demande a été formulée auprès de l'Administration, la possibilité d'une carence devient naturellement nulle. Le paradoxe se trouve donc être que s'il existe une obligation générale d'agir, elle n'a pas le « temps » d'exister en ce qui concerne la mission de prise de décision de l'Administration puisqu'elle est de toute façon couverte par l'existence de la décision implicite.

Sauf que le problème qui se pose alors concerne l'asymétrie entre la décision implicite et la décision explicite. En l'état actuel de notre droit, aucune distinction n'est faite entre les deux en termes de portée ou de valeur juridique, le seul point de distinction résidant dans l'absence ou non de formalisme ; une décision administrative est une décision administrative. De ce fait, il apparaît problématique de considérer qu'il pourrait exister une obligation pour l'Administration de prendre des décisions explicites quand une telle hypothèse se trouve être impossible à mettre en œuvre dans le cas des décisions implicites.

Une théorie envisageable pour justifier l'existence d'une telle obligation pourrait être de considérer que le mécanisme de la décision implicite représente en lui-même la traduction juridique de l'obligation d'agir de l'Administration en ce qui concerne la prise de décision. Mais cela pose ensuite un nouveau problème : si l'on considère cette théorie, cela signifie que l'acte même de prendre une décision administrative devient, lorsqu'il résulte d'un silence du moins, un acte-sanction. Dans ce cas, le droit vient remplacer le pouvoir discrétionnaire de l'Administration et la prise de décision n'est plus une faculté, un pouvoir discrétionnaire, mais bien le résultat d'une obligation d'agir. Ce sujet mérite d'être davantage vérifié[623].

B. Une question majoritairement ignorée par la doctrine

Lorsque l'on s'intéresse d'aussi près à la question de l'obligation d'agir de l'Administration, un point essentiel ne manque pas d'apparaître et de surprendre : ce sujet est majoritairement ignoré par la doctrine. Pour autant que nos recherches nous ont permis de le constater, la question de la sujétion de l'Administration à une hypothétique obligation d'agir ne semble pas intéresser les recherches doctrinales contemporaines[624].

---

[623] Voir *infra*, p. 194 et s.

[624] Cette opinion tend de plus en plus à être relativisée par le développement croissant du contentieux climatique, visant à engager la responsabilité de l'État. Voir sur le sujet : CANALI (L.), *Les contentieux climatiques contre les entreprises : bilan et perspectives*, HAL archives ouvertes, 2018, publié en ligne : https://hal-amu.archives-ouvertes.fr/hal-02106564/document ; PORTIER (C.), *Le contentieux climatique*

Gweltaz GUIAVARC'H effectue le même constat dans sa thèse portant précisément en partie sur l'obligation d'agir en droit public ; il estime en effet que « *la lecture de la doctrine contemporaine de droit administratif fait apparaître que l'obligation d'agir est réduite à la portion congrue des théories de l'action administrative, quand la question n'est pas éludée purement et simplement* »[625]. Benoît DELAUNAY confirme également « *le faible nombre de travaux disponibles sur l'obligation en droit public* »[626]. Au titre des principaux auteurs s'étant intéressés au sujet qu'il est possible de citer, on retrouve notamment Jacques CHEVALLIER[627] et Yves GAUDEMET[628], encore Rozen NOGUELLOU[629] et plus récemment, Pauline PARINET[630], qui y consacre une partie de sa recherche.

La raison de cet apparent manque d'engouement pour le sujet n'est probablement pas à rechercher du côté de l'intérêt qu'il présente, mais sans doute davantage dans une fragile conviction de la part de la plupart des auteurs dans le fait que le concept d'obligation, tel que formulé en droit privé, puisse être transposé en droit public. En effet, Gérard Cornu définit l'obligation de la manière suivante : il s'agit du « *lien de droit par lequel une ou plusieurs personnes sont tenues d'une prestation, fait ou abstention, envers une ou plusieurs autres, en vertu soit d'un contrat, soit d'un quasi-contrat, soit d'un délit ou d'un quasi-délit, soit de la loi* »[631].

Le constat qui s'impose à la lecture de cette définition est celui de la difficulté pratique d'adapter cette définition au droit public. La raison est principalement à trouver dans le fait que l'État et ses démembrements sont des personnes particulières car publiques. Les règles de droit commun ont une forte tendance à ne pas s'appliquer à ces entités juridiques, ou alors assorties de certaines dérogations. Pour Roland DRAGO notamment, qui considère que « *la place de la jurisprudence en droit public semble trop importante pour que la notion*

---

en droit français : quel(s) fondement(s), quelle(s) responsabilité(s) ?, Revue juridique de l'environnement, 2020/3 (Volume 45), pp. 465-473 ; TORRE-SCHAUB (M.), *Les dynamiques du contentieux climatique - Usages et mobilisations du droit pour la cause climatique*, Rapport final de recherche suite à la Convention de recherche n° 217.04.27.09 du 14 avril 2017, publié en ligne en décembre 2019 (http://www.gip-recherche-justice.fr/wp-content/uploads/2020/01/17.05-RF-contentieux-climatiques.pdf).

[625] GUIAVARC'H (G.), *Abstention et obligation d'agir en droit public*, Thèse Rennes, 1995, 600 p., spéc. p. 349.

[626] DELAUNAY (B.), *La faute de l'administration*, Paris, LGDJ, Coll. Bibliothèque de droit public, tome 252, 2007, p. 177.

[627] CHEVALLIER (J.), *L'obligation en droit public*, in *L'obligation*, APD 2000, tome 44, p. 179.

[628] GAUDEMET (Y.), *Prolégomènes pour une théorie des obligations en droit administratif français*, in *Mélanges Jean Gaudemet*, Paris, PUF, 1999, p. 613.

[629] NOGUELLOU (R.), *La transmission des obligations en droit administratif*, Paris, LGDJ, Coll. Bibliothèque de droit public, tome 241, 2004.

[630] PARINET (P.), *La carence de l'Administration*, Thèse Tours, 2017, p. 45 et s.

[631] CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, Paris, PUF, coll. Quadrige, 2016, p. 695.

civiliste d'obligation puisse s'imposer », estime également que « *définir les obligations légales de l'État à l'égard des particuliers est difficile* »[632].

Il semble donc que l'avenir de la notion d'obligation en droit public soit à surveiller d'assez près, même si elle se voit parfois traduite par d'autres notions propres au droit public[633].

§2. Le cas particulier du silence-acceptation, en opposition avec les fondements du fonctionnement administratif

Nous nous intéresserons ici à la notion de « faculté d'agir » et son interaction avec le pouvoir discrétionnaire de l'Administration. L'objectif est de parvenir à comprendre comment fonctionne la décision implicite du point de vue de ce qu'elle suppose au niveau de l'autonomie de l'Administration dans son pouvoir de décision **(A)**. Il découle de cette réflexion une question apparemment insoluble liée à la manière de contrôler l'Administration lorsqu'elle prend une décision implicite, dans la mesure où la décision implicite impose a priori un contrôle particulier et adapté à la nature de la décision **(B)**.

A. L'autonomie variable de l'Administration dans le cas de la décision implicite d'acceptation

Entendons-nous d'abord sur la notion de pouvoir discrétionnaire[634], notamment quand il concerne le domaine de la prise de décisions administratives. Les points de vue semblent diverger à ce niveau ; pour Gweltaz GUIAVARC'H il existe une distinction entre la faculté d'agir et le pouvoir discrétionnaire faisant que les deux ne s'opposent pas nécessairement : la première voit son champ d'action limité « *à l'impulsion, à l'initiative de l'action administrative* » tandis que le second concerne davantage « *la marge de liberté par rapport à la règle de droit*

[632] DRAGO (R.), *La notion d'obligation en droit public et droit privé*, in *L'obligation*, APD 2000, tome 44, p. 179.
[633] PARINET (P.), *La carence de l'Administration*, Thèse Tours, 2017, p. 77 et s.
[634] Pour une réflexion sur l'utilité de la théorie du pouvoir discrétionnaire, voir : VAUTROT-SCHWARZ (Ch.), *Avons-nous encore besoin de la théorie du pouvoir discrétionnaire ?*, in L'intérêt général, Mélanges en l'honneur de D. Truchet, Dalloz, 2015, pp. 639-650.

dont dispose l'administration dans la mise en œuvre de son pouvoir »[635]. Pour André DE LAUBADÈRE également, le pouvoir discrétionnaire correspond au fait pour l'Administration d'avoir le choix entre deux ou plusieurs décisions[636].

Tel que nous comprenons ces deux opinions, il ressort que les deux auteurs définissent le pouvoir discrétionnaire de manière concordante. Cela signifie notamment que le pouvoir discrétionnaire n'est pas directement lié à la faculté d'agir ou à l'obligation d'agir dans la mesure où il ne se situe pas sur le même plan que ces deux notions.

En revanche, d'après Gweltaz GUIAVARC'H la faculté d'agir peut être appelée une « *abstention discrétionnaire* » dans la mesure où il s'agit effectivement d'un choix laissé – en théorie du moins – à l'Administration d'agir ou non[637]. Cette faculté d'agir constitue pour lui le droit commun de l'action administrative[638], opinion à laquelle nous nous rattachons volontiers.

Ce postulat vient du constat selon lequel il existe à côté de ce droit commun « *certains domaines [...] dans lesquels l'administration se trouve dans "l'obligation d'agir"* »[639]. Ces hypothèses d'obligations sont en outre « *résiduelles* » selon les mots de l'auteur, ce qui le conduit à admettre que « *la faculté d'agir [...] constitue en effet le mode normal d'action de l'administration* ».

Nous pouvons donc conclure que le fait de choisir de prendre ou non une décision ne fait pas partie du pouvoir discrétionnaire de l'action administrative : l'Administration est ici obligée de faire usage de son pouvoir et ne peut s'y soustraire. En revanche, en ce qui concerne le sens de la décision et l'opportunité du moment, l'Administration reste maîtresse et n'est soumise à aucune autre obligation que celle de respecter le principe de légalité. C'est en tout cas ce que suppose notre droit.

Il est néanmoins possible d'émettre quelques réserves en ce qui concerne le cas de la décision implicite, pour lequel l'Administration n'est en réalité plus maîtresse ni de l'opportunité temporelle (la question du *quand*), ni du sens (la question du *quoi*). Cela met en exergue selon nous un des plus importants problèmes conceptuels de la décision implicite – sinon le

---

[635] GUIAVARC'H (G.), *Abstention et obligation d'agir en droit public*, Thèse Rennes, 1995, 600 p., spéc. p. 351.
[636] DE LAUBADÈRE (A.), *Le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire de l'administration dans la jurisprudence récente du Conseil d'État*, in *Mélanges Waline*, tome 2, Paris, LGDJ, 1974, pp. 531 et s.
[637] GUIAVARC'H (G.), *Abstention et obligation d'agir en droit public*, Thèse Rennes, 1995, 600 p., spéc. p. 352.
[638] *Ibid.*, p. 353.
[639] GUIAVARC'H (G.), *Abstention et obligation d'agir en droit public*, Thèse Rennes, 1995, 600 p., spéc. p. 353

plus important –, allant à l'encontre des principes fondateurs de l'Administration ; la décision implicite ne correspond à aucun des cadres théoriques en vigueur (ceux s'appliquant aux décisions explicites de l'Administration) pourtant le droit positif semble ne pas en tenir compte, ce qui crée des décalages de moins en moins justifiables au regard des considérations d'intérêt général.

L'une des questions que l'on peut alors se poser réside dans le fait de se demander si le principe de la séparation des pouvoirs est toujours respecté dans le cadre du mécanisme de la décision implicite ?

En effet, même s'il est couramment admis que la frontière existant entre les différents pouvoirs est relativement poreuse (du fait de notre conception souple en matière de séparation des pouvoirs), il reste que ce principe fonde notre Constitution[640].

De ce fait, le pouvoir d'administrer – qui se traduit notamment par la prise de décisions administratives – découle directement du pouvoir exécutif[641]. Or, lorsque l'administration rend une décision explicite, la question de son degré de maîtrise du processus ne se pose pas. En revanche, lorsqu'il s'agit d'une décision implicite, la question ne paraît pas anodine, en théorie du moins.

Car si l'on considère que l'Administration est dessaisie de sa prérogative, et donc de son pouvoir, lorsque naît une décision implicite, alors une interférence existe entre les pouvoirs, a fortiori entre les pouvoirs exécutifs et judiciaires. Nous nous attacherons à l'explication détaillée de ce point un peu plus loin[642].

Il reste cependant à préciser que ce raisonnement reste tout à fait théorique et extrapolé dans la mesure où il s'agit dans la pratique toujours de l'Administration, que la décision soit implicite ou explicite.

La construction juridique de la décision implicite étant toutefois artificielle, il semble important de ne négliger aucun point de divergence potentiel, qu'il soit théorique et conceptuel, ou pragmatique, notamment en ce qui concerne l'impact des influences réciproques entre les pouvoirs.

Cela nous amène à réfléchir sur une autre question, liée à la première, portant sur la qualification de la passivité de l'Administration. Un comportement passif de la part de cette dernière peut-il être considéré comme une action ? Dans le cas d'une réponse positive, la prise

[640] L'article 16 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen dispose que : « *Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution* ».
[641] L'article 20 de la Constitution de 1958 dispose en son deuxième alinéa que : « *[Le Gouvernement] dispose de l'administration et de la force armée* ».
[642] Voir *infra*, B.

d'une décision implicite suppose-t-elle le même degré d'implication (ou d'autonomie) de la part de l'Administration que pour une décision expresse ? Il s'agit donc ici d'introduire la réflexion proposée et approfondie ci-après concernant la responsabilité potentielle (à la fois juridique et théorique) de l'Administration lorsqu'elle prend des décisions implicites.

B. La question du contrôle de l'action de l'Administration

Plusieurs questionnements viennent en lumière lorsque l'on s'intéresse à la relation entre la décision implicite et l'obligation d'agir de l'Administration, dont certains que nous avons déjà commencé à évoquer précédemment[643]. D'abord, il paraît nécessaire d'entamer la réflexion par un propos relativement conceptuel concernant la notion d'*action*, en la mettant en lien avec le silence – considéré avant tout comme une abstention, et donc par définition, une absence d'action **(1)**. Ensuite, nous tournerons notre regard vers les rapports entre pouvoir discrétionnaire, compétence liée et obligation d'agir et leurs conséquences **(2)**. Enfin, la dernière interrogation qui retiendra notre attention dans cette partie concernera le pouvoir d'injonction du juge administratif et sa conséquence sur le pouvoir de décision de l'Administration **(3)**.

1) Le silence, de l'abstention à l'action

Certains auteurs assimilent le silence à une abstention dans la mesure où il s'agit d'une absence d'action, d'un comportement passif de la part de l'Administration qui choisit de ne pas répondre à une demande d'un administré. Cependant, il est possible d'effectuer d'emblée un constat : le silence constitue à première vue une abstention particulière dans la mesure où, contrairement à d'autres types d'abstentions juridiques (nous pouvons citer à titre d'exemple l'absence de transposition d'une directive européenne, **…**), la loi lui donne un sens.

Ainsi, l'Administration ne peut pas être tenue pour responsable (au sens juridique du terme) de cette abstention puisque la loi couvre cette dernière. En somme, le fait pour l'Administration de maintenir le silence sur une demande qui lui est formulée est initialement une abstention (nous avons déjà démontré que le fait d'user de son pouvoir de décision n'était pas facultatif) mais la loi désamorce automatiquement et simultanément le caractère abstentionniste de ce comportement.

D'où la question légitime que nous pouvons nous poser : le silence de l'Administration est-il à proprement parler une abstention ?

La réponse la plus évidente, mais également la moins convaincante, à cette question serait de dire qu'il s'agit des deux à la fois, à des moments différents ; l'abstention existe et est sanctionnée par une décision implicite, là où dans d'autres cas d'abstention, la sanction est

[643] Voir *supra*, p. 182 et s.

l'engagement de la responsabilité. Nous insisterons sur ce parallèle au cours du prochain développement.

Il reste que « l'appréhension des comportements passifs n'est pas chose courante en matière juridique ; la règle de droit s'attache en effet généralement à déterminer le régime juridique d'*actions* et leurs conséquences »[644]. Si l'on fait application de ce constat à la décision implicite, il est dès lors possible de considérer que le silence de l'Administration est une action. La règle de droit vient ici en effet donner un sens au silence de cette dernière, et surtout, une portée juridique.
Il est donc possible de déduire que, contrairement à ce qu'une opinion majoritaire considère, le « silence » de l'Administration ne soit pas une abstention mais bien une action.

Maintenant, est-il envisageable qu'une action puisse exister si elle n'est pas le résultat d'un choix conscient, voulu ? De manière encore plus large, l'abstention elle-même n'est-elle pas une action ? L'action de ne rien faire reste selon nous encore une action.

C'est là toute la difficulté de ce sujet précis : en fonction du sens que l'on attribue au vocable choisi, rien n'est intrinsèquement faux, ni vrai. Si l'on considère que l'« action » sous-entend une idée de « mouvement » (nous pouvons presque parler d'« agitation ») par opposition à la passivité, alors le silence de l'Administration est en effet un comportement passif, une abstention. En revanche, si l'on considère que le choix de maintenir le silence et donc d'adopter un comportement passif est la manifestation d'une volonté active, alors le silence devient une action et non plus une abstention.

Cependant, d'un point de strictement juridique, le sens que la loi a donné au silence (peu importe qu'il s'agisse du rejet ou de l'acceptation) le fait passer d'une abstention à une « présomption de décision »[645]. Et cela change beaucoup de choses. À commencer par le fait que l'on ne peut pas (ou plus) considérer que le silence de l'Administration entre dans le champ des hypothèses d'abstentions (qu'elles soient dites abstentions pures et simples ou abstention dans l'action), a fortiori depuis la réforme remettant en question le sens du silence.

En effet, comme le fait remarquer Gweltaz GUIAVARC'H force est de constater qu'aujourd'hui, le silence ne constitue plus une manifestation (juridiquement parlant) d'un comportement d'inertie des autorités administratives, quand bien même il s'agit effectivement de l'attitude adoptée en pratique. Désormais, le silence signifie quelque chose.

---

[644] GUIAVARC'H (G.), *Abstention et obligation d'agir en droit public*, Thèse Rennes, 1995, 600 p., spéc. p. 28.
[645] GUIAVARC'H (G.), *Abstention et obligation d'agir en droit public*, Thèse Rennes, 1995, 600 p., spéc. p. 395.

Mais si le silence signifie désormais quelque chose, c'est toujours au-delà de la volonté des autorités administratives, qu'il s'agisse du sens ou de la portée de l'acte qui en découle. Nous approfondirons ce sujet dans le dernier développement que nous consacrerons à cette partie[646].

2) Pouvoir discrétionnaire et compétence liée

Nous avons déjà pu évoquer la question du pouvoir discrétionnaire[647], mais nous allons ici nous attacher à rechercher les interactions entre cette notion et celle de compétence liée, ainsi que la manière dont elles s'accommodent de l' « obligation d'agir ».

Le problème qui se fait alors jour lorsque l'on s'intéresse à cette relation réside dans le fait que le pouvoir de décision que détient l'Administration, nous l'avons souligné, n'est pas une compétence liée à proprement parler, car même si l'Administration ne *peut* pas refuser de faire usage de ce pouvoir[648], elle est discrétionnaire dans l'usage qu'elle en fait et n'est donc pas liée, il s'agit donc d'une faculté.

Dans le même temps, dans certains cas elle reste obligée par les normes supérieures auxquelles elle est tenue de répondre en vertu du principe de légalité, non seulement de faire usage de son pouvoir, mais également d'en faire usage dans un sens donné.

La compétence liée doit alors être définie avant de mieux en appréhender les rouages. D'après la définition donnée par le Dictionnaire de droit administratif[649] la compétence liée et le pouvoir discrétionnaire constituent « *les deux pôles opposés entre lesquels est placée l'autorité administrative lorsqu'elle prend une décision ». On constate l'existence d'une compétence liée lorsque la loi ou le règlement « définissent précisément les conditions de son intervention, ne lui laissant aucun choix* ».

Parmi les exemples cités à titre d'illustration, il est possible d'évoquer la délivrance d'un récépissé de déclaration d'une association[650]. Il est également important de relever que la compétence liée s'applique aussi bien au contenu de la décision qu'à ses motifs ou circonstances de faits justifiant l'acte.

Comme nous l'avions fait remarquer précédemment, la compétence liée possède cependant un « angle mort » en ce qu'elle n'impacte pas ce qu'Hauriou appelait « le choix du

[646] Voir *infra*, p. 197 et s.
[647] Voir *supra*, p. 191 et s.
[648] Nous nous attacherons à nuancer cette affirmation dans le développement suivant. Voir *infra*, p. 197 et s.
[649] VAN LANG (A.), GONDOUIN (G.) et INSERGUET-BRISSET (V.), *Dictionnaire de droit administratif*, Sirey, 7ème éd. 2015. Entrée : « Compétence liée ».
[650] CE, 25 janvier 1985, *Assoc. Les Amis de Saint-Augustin*, *Rec*. 18.

moment »[651]. Selon l'auteur, « *même dans les actes les plus liés par la règle de droit, l'administration conserve un minimum de pouvoir discrétionnaire : ce que l'on appelle "le choix du moment"* ». Ce que Jean RIVERO et Jean WALINE ont pu compléter en ajoutant que « *[l'Administration] reste libre d'apprécier, d'après les nécessités de son fonctionnement, quand elle pourra prendre la décision qui s'impose à elle, tout au moins dans des limites raisonnables, parfois fixées par la loi* »[652]. De fait, l'Administration est tenue de prendre les décisions qui s'imposent, mais elle dispose pour ce faire d'un « délai raisonnable »[653]. L'autre conséquence demeure le rejet systématique par le juge administratif des moyens relatifs à tout autre aspect de l'acte attaqué que son objet car inopérants. En effet, la décision devant être prise, il ne peut en être autrement.

Pour résumer, la compétence liée et le pouvoir discrétionnaire sont effectivement deux pôles opposés entre lesquels doit se situer l'Administration lorsqu'elle prend une décision, néanmoins il n'existe aujourd'hui aucune décision qui soit complètement soumise à la compétence liée, ni aucune qui soit entièrement discrétionnaire[654].

3) Le rapport ambigu entre le pouvoir d'injonction du juge administratif et le pouvoir de décision de l'Administration

Nous entamerons ce dernier développement consacré à la problématique du contrôle de l'action administrative en posant la question suivante : l'Administration est-elle réellement obligée de faire usage de son pouvoir de décision ? Car d'un point de vue juridique, sa responsabilité ne peut jamais être mise en cause pour l'absence de prise de décision. Même dans le cas purement hypothétique d'un refus conscient de prendre une décision explicite, la responsabilité de l'Administration ne pourrait pas être engagée, car une décision naîtrait quand même. Et c'est là toute l'ambiguïté du concept de décision implicite : nous défendons la thèse selon laquelle l'évolution de la décision implicite a permis de changer radicalement la manière de concevoir le pouvoir de prendre des décisions de l'Administration, et a remis en question dans ses fondements la notion d'obligation d'agir. Si elle a existé, même théoriquement, l'obligation d'agir n'a aujourd'hui plus d'existence, même sur le plan de la théorie. L'Administration est virtuellement, grâce à la décision implicite, complètement libre dans l'usage du pouvoir de

[651] HAURIOU (M.), *Le pouvoir discrétionnaire et sa justification*, in *Mélanges Carré de Malberg*, Sirey, 1933 p. 233.
[652] RIVERO (J.), WALINE (J.), *Droit administratif,* Dalloz, Paris, 1994. p. 73.
[653] Voir CE, 14 janvier 1970, *EDF et GDF*, AJDA 1970, p. 254, à propos de l'obligation pour le gouvernement de prendre les mesures réglementaires nécessaires à l'application d'une loi.
[654] Il est en effet de coutume en doctrine française de considérer que l'arrêt du Conseil d'État du 31 janvier 1902, *Grazietti* (req. n° 01919) marque « la fin de la catégorie des actes discrétionnaires », pour reprendre les mots du Doyen Hauriou (voir HAURIOU (M.), *La fin de la catégorie des actes discrétionnaires*, Note sous Conseil d'État, 31 janvier 1902, *Grazietti*, S. 1903.3.113 : Revue générale du droit en ligne, 2015, n° 15694 (www.revuegeneraledudroit.eu/?p=15694).

décision qui lui est dévolu (hors les cas de compétence liée, mais qui dans ces cas-là touche davantage au contenu de la décision qu'à l'opportunité de celle-ci).

Plusieurs faits concordants tendent à démontrer la réalité de cette évolution. Nous avons déjà fait état de l'absence d'engagement possible de la responsabilité de l'Administration pour l'absence de décision (à la condition qu'une requête ait été formulée par un administré) mais un autre fait, sans doute plus parlant encore, nous permet d'affirmer notre point de vue sur la question : le pouvoir d'injonction du juge administratif, selon la perspective adoptée, peut être considéré comme un dessaisissement du pouvoir de prendre des décisions au détriment de l'Administration.

Il apparaît nécessaire de nuancer d'emblée le propos afin d'éviter toute confusion ainsi que pour désamorcer d'éventuels contresens. La majorité des auteurs s'étant intéressés à la question estiment qu'il faut voir le pouvoir d'injonction du juge administratif « *sous l'angle de l'efficacité et de la qualité de l'action administrative. De cette manière le juge explicite la portée de ses décisions, pas toujours très simple à appréhender* »[655]. Dans sa thèse, Nicolas MARTY ajoute qu'en « *guidant l'administration, le juge évite que celle-ci se trompe à nouveau ou hésite à prendre une autre décision* »[656].

René CHAPUS développe également une opinion extrêmement intéressante à ce propos, où il considère que « *le prononcé de telles injonctions n'est, en effet, rien d'autre que l'explication des obligations résultant de la chose jugée. Par elles, le juge ne fait que continuer à juger. En d'autres termes, il ne fait que continuer à s'acquitter de sa fonction juridictionnelle et que la remplir plus pleinement* »[657].

Il existe néanmoins des craintes qui, sur un plan théorique, méritent sans doute que l'on y accorde quelque attention. Car même si nous partageons l'idée développée par René CHAPUS, il reste que le fait que le pouvoir d'injonction ne soit finalement que la continuité du pouvoir de juger n'empêche en rien un éventuel empiètement sur le pouvoir de décision de l'Administration. C'est la raison pour laquelle nous allons tenter de voir dans quelle proportion se fait cet empiètement, si empiètement il y a.

À titre liminaire, il convient de prendre un peu de recul en accordant un regard à une question sous-jacente : le juge administratif peut-il être qualifié de juge qui gouverne ? Cette question a été abordée par Jean RIVERO dans un article[658] dans lequel il soulève de nombreux points pertinents que nous allons résumer et commenter.

---

[655] MARTY (N.), *La notion de bonne administration*, thèse Montpellier 2007, p. 432.
[656] MARTY (N.), *op. cit.*, p. 429.
[657] CHAPUS (R.), *Droit du contentieux administratif*, Paris, Monchrestien, 13ème éd., 2008, n° 1107.
[658] RIVERO (J.), *Le juge administratif : un juge qui gouverne ?*, D. 1951, chron. VI, pp. 21-24.

La réponse à cette question, si elle ne semble pas de prime abord directement liée à celle qui nous intéresse, y apporte cependant un éclairage non négligeable.

Deux aspects sont à mettre en balance ici : la réalité pratique et la réalité théorique. Car en effet, pour la première, il semble assez évident que – contrairement à la Cour Suprême des États-Unis – la Conseil d'État n'a pas le pouvoir (entendu au sens constitutionnel du terme) d'imposer au législateur son éthique. Il suffit en effet d'un texte de loi pour remettre en question n'importe quel principe général du droit. Toutefois, dans la théorie doctrinale, il n'est pas démuni de moyens pour faire prévaloir ses principes généraux sur la loi (ce que nous nuancerons après l'avoir détaillé).

À titre d'exemple, J. RIVERO cite notamment l'interprétation que fait le juge administratif de l'article 2 de l'ordonnance du 2 décembre 1943 en matière d'épuration qui dispose sobrement que : « *La commission entend les personnes qui lui sont déférées* ». Le Conseil d'État interprète cette disposition de manière très libérale en accordant aux suspects concernés par ce texte toutes les « *garanties qu'exige l'éthique traditionnelle* »[659].
Lorsque l'interprétation de la loi n'est pas possible, le juge va considérer celle-ci comme une exception à ses principes généraux, ce qui lui permet de contrôler son application de manière très stricte.

Enfin, il est arrivé au juge administratif de considérer qu'un principe général du droit était en mesure, purement et simplement, de remettre en cause la loi. C'est l'exemple de l'arrêt du 17 février 1950, *Min. de l'Agriculture c. Dame Lamotte*[660] dans lequel le Conseil d'État, en présence d'un texte législatif disposant que « *la mesure visée par lui ne peut faire l'objet d'aucun recours administratif ou judiciaire* », décide que « *cette disposition n'a pas exclu le recours pour excès de pouvoir, qui est ouvert même sans texte contre tout acte administratif, et qui a pour effet d'assurer, conformément aux principes généraux du droit, le respect de la légalité* ». Dans ce dernier cas, le juge administratif vide de substance le texte de loi par l'effet d'un principe général du droit.

Jean RIVERO conclut son article en relativisant les conséquences d'une telle analyse et en soulignant que les exemples pris ne sont ni exhaustifs, ni même représentatifs d'une généralité, l'essentiel des arrêts rendus par le Conseil d'État se contentant de respecter les textes. Néanmoins, nous pouvons relever que le simple fait de l'existence de ces occurrences n'est pas anodin et mérite donc au minimum qu'il soit soulevé.

[659] RIVERO (J.), *Le juge administratif : un juge qui gouverne ?*, D. 1951, chron. VI, p. 23.
[660] CE Ass., 17 février 1950, *Min. de l'Agriculture c. Dame Lamotte*, n° 86949.

Avec le pouvoir d'injonction du juge, nous ne nous intéressons plus aux rapports entre juge administratif et législateur mais entre juge administratif et Administration. Les implications sont sans doute moindres, mais elles demeurent d'un grand intérêt dans le cadre de notre étude.

Le pouvoir d'injonction du juge administratif est apparu avec la loi du 8 février 1995 (codifiée à l'article L. 911-1 du Code de justice administrative). Cette loi constitue une exception majeure à la prohibition traditionnelle de l'intervention du juge administratif dans l'administration active, ce qui ne va pas sans poser certaines questions, notamment sur la crainte d'un retour éventuel du juge-administrateur.
Pour comprendre cette crainte ainsi que l'impact de l'apparition de ce pouvoir, il est nécessaire de revenir sur cette notion de juge-administrateur.

En effet, lorsque le juge administratif, dans le cadre de son pouvoir d'injonction, vient encadrer de façon extrêmement précise ce que l'Administration doit faire pour exécuter une décision de justice, « *il n'est pas loin d'écrire l'acte à prendre* »[661].

Cependant, l'une des principales limites de ce pouvoir se trouve dans un principe interdisant au juge de l'excès de pouvoir de prononcer des injonctions au principal, c'est-à-dire sans qu'il n'y ait aucune conclusion visant l'exécution d'une décision de justice. Cette limite se trouve atténuée par la jurisprudence qui considère que si l'Administration ne dispose d'aucune marge d'appréciation, le juge peut donc faire usage de son pouvoir d'injonction, même en l'absence de conclusions visant le texte précité[662].

En revanche, « *en ce qui concerne les injonctions visant à l'adoption de mesures réglementaires dont l'absence entache d'illégalité l'acte attaqué, le juge peut déterminer le contenu des dispositions qui devront être adoptées*[663] *ou laisser à l'Administration le choix entre différentes mesures permettant de rétablir la légalité*[664] »[665].

Ces dernières hypothèses d'ouvertures du pouvoir d'injonction du juge administratif posent selon nous davantage de problèmes du point de vue de l'empiètement sur les pouvoirs de l'Administration. Car peu importe la manière que l'on a de justifier l'existence de ce pouvoir, le fait de déterminer le contenu d'un acte ou de proposer un choix restreint de décisions

[661] MARTY (N.), *op. cit.*, p. 432.
[662] Voir par exemple : CE sect., 25 février 2005, *Barbier*, req. n° 253593 ; CE, 4 février 2005, *Syndicat national des praticiens hospitaliers anesthésistes réanimateur*, req. n° 258201, 264075 et 268268).
[663] CE, 28 avril 2003, *Fédération française des courtiers d'assurance et de réassurance*, req. n° 233343.
[664] CE, 27 juillet 2001, *Titran*, req. n° 222509.
[665] FRIBOULET (A.), *Le pouvoir d'injonction du juge administratif*, *Commentaire sous l'arrêt CE Ass., 29 juin 2001, Vassilikiotis n°213229,* Revue générale du droit en ligne, 2008, numéro 1924 (www.revuegeneraledudroit.eu/?p=1924).

administratives revient dans les faits à se substituer à l'Administration active. Il est toujours en effet possible de jouer sur les mots et les concepts afin de considérer que dans tous ces cas, c'est toujours l'Administration qui prend la décision, sauf que dans la réalité, si c'est effectivement le cas, ce n'est pas elle qui est à l'origine du contenu ou de l'orientation de la décision. Relever cela peut sembler anodin, pourtant d'un point de vue juridique, c'est toujours l'Administration dont la responsabilité peut être engagée pour les décisions qui émanent d'elle, même lorsqu'elle n'en est pas à l'origine.

Ce qui peut éventuellement poser problème repose dans l'usage intense – comme le relève Nicolas MARTY – que fait le juge administratif de cette prérogative qui lui est ouverte depuis 1995[666]. Selon la lecture que l'on a de ce recours au pouvoir d'injonction, il est tout à fait possible de déduire des conséquences divergentes. Soit, ainsi que l'exprime l'auteur cité précédemment, il est possible de considérer que cette « application intense » du pouvoir d'injonction « *participe pleinement à l'efficacité de l'action administrative dans le sens d'une bonne administration* »[667], soit on estime (sans d'ailleurs nécessairement remettre en question cette première opinion) que l'empiètement d'un tel pouvoir sur celui de l'Administration relatif à la prise de décision ne justifie pas une telle portée du pouvoir d'injonction.

C'est sans doute davantage la conjonction de plusieurs facteurs qui nuit à l'autonomie de l'Administration dans l'exercice de son pouvoir de décision que des causes isolées. En effet, si l'on considère le fait que le pouvoir d'injonction vient dessaisir l'Administration d'une partie de son pouvoir discrétionnaire (que cela se fasse au nom de la bonne administration ou non), de même que la décision implicite et qu'enfin, il existe des cas où sa compétence est liée (dans le sens et le contenu de la décision qu'elle doit prendre), il semble tout à fait légitime de se demander si le pouvoir de décision de l'Administration n'est pas davantage un devoir qu'un pouvoir, a fortiori lorsque les trois conditions sont réunies pour une seule décision (décision implicite, issue d'une compétence liée et pouvoir d'injonction).

[666] Sur la question de l'intensification du recours au pouvoir d'injonction du juge administratif, voir : BARTOLUCCI (M.), *Le pouvoir d'injonction du juge administratif revisité par les circonstances exceptionnelles de la crise sanitaire du Covid-19*, Les Petites affiches, 17 juillet 2020, n° 154b5, p.9.
[667] MARTY (N.), *op. cit.*, p. 431.

Conclusion de chapitre

Une fois encore nous avons pu constater à quel point la décision implicite a du mal à s'intégrer dans les cadres juridiques existants ; jamais complètement en adéquation avec les principes fondamentaux régissant le droit public, mais jamais en totale opposition non plus.
La décision implicite met néanmoins à mal les principes de bonne administration et d'obligation d'agir dans la mesure où elle échappe à la plupart des contraintes que sont celles des décisions explicites, beaucoup plus simples à appréhender grâce à leur formalisme.
Il est possible de remarquer que, quand bien même la plupart des principes évoqués sont postérieurs dans leur création à la décision implicite, aucun ne l'intègre parfaitement. Ce qui semble indiquer qu'au-delà de l'absence de formalisme de la décision implicite, l'absence de définition précise perturbe son intégration dans l'ordre juridique (en tout cas de manière théorique).

La principale erreur selon nous réside dans le fait d'avoir toujours considéré – et de continuer à le faire – que la décision implicite possédait la même portée qu'une décision explicite. De ce fait, la plupart des régimes juridiques concernant les décisions administratives ne tiennent pas compte de la distinction décision implicite/décision explicite. En procédant ainsi, on estime finalement que la décision implicite est une sorte « d'exception » à la décision explicite, mais qu'en dehors de la forme elle en est identique en tout point, ce qui est semble-t-il erroné. En fût-il autrement, la décision implicite ne présenterait pas toutes les incohérences que nous avons pu relever en la confrontant aux principes évoqués dans ce chapitre.

Il convient donc de penser qu'afin de remédier à ce souci de cohérence, il est nécessaire tant de délimiter de manière bien plus précise la décision implicite, ce qui permettrait de l'autonomiser vis-à-vis de la décision explicite et d'en faire un type de décision à part entière, que de faire évoluer les principes fondamentaux du droit administratif afin qu'ils puissent s'adapter sans incohérence à ce mode de décision particulier n'entrant dans aucune des cases préexistantes.

Conclusion de titre

Les précédents raisonnements ont permis de réaliser à quel point la décision implicite s'articule mal avec les principes directeurs à la fois de l'ordre juridique et de l'administration active. Son absence de formalisme se trouve en être l'une des principales causes dans la mesure où il devient alors nécessaire de trouver des artifices juridiques pour pallier ce manque, porteur de risque d'instabilité.

Il semble alors que le risque pour la stabilité des situations juridiques, dans des proportions variables selon les domaines concernés, constitue un facteur inhérent à la nature implicite de la décision, ce qui pose alors un problème en apparence insoluble. Ces réflexions mettent en exergue la nécessité de davantage définir et délimiter la décision implicite, notamment par rapport à la décision expresse, afin que son régime soit le plus possible en adéquation avec les principes majeurs étudiés. Nous soutenons en effet l'idée selon laquelle la décision implicite n'équivaut pas – dans la théorie comme dans la pratique – à une décision expresse, dans la mesure où elle présente des risques pour ses destinataires comme pour ses créateurs qui n'existent pas lorsque la décision possède une existence matérielle.

C'est entre autre ce qu'il conviendra de démontrer par la suite, en tentant d'exposer les différences majeures entre ces deux modes de décision, justifiant selon nous des régimes distincts.

Conclusion de partie

Ce retour sur les origines de la décision implicite et sur les subtilités du mécanisme a permis de rendre compte que si le silence de l'Administration peut être utilisé différemment que pour la liaison du contentieux, cette transformation n'est pas anodine et il ne suffit pas que la loi décide de transformer le principe du « silence vaut rejet » en « silence vaut acceptation » pour que le changement s'opère.

La décision implicite est une fiction ancienne créée dans un but bien précis, adapté au système contentieux administratif, et dont la lente évolution ne peut pas être brusquée comme cela a été le cas avec la réforme de novembre 2013. En changeant le mot « rejet » par celui d'« acceptation », ce n'est pas seulement le sens d'une décision administrative qui se trouve changé, mais bien le fondement d'une fiction entière et de tout un régime.

S'il semble logique de penser qu'une décision administrative négative n'emporte pas les mêmes conséquences qu'une décision positive, ce ne paraît pas être l'opinion des réformateurs de cette fiction juridique. Il apparaît alors nécessaire de chercher à étudier la décision implicite davantage en profondeur, en comparant notamment son usage en France avec celui d'autres système juridiques, afin de démontrer exactement en quoi la décision implicite d'acceptation ne peut actuellement pas remplacer la décision implicite de rejet, et nécessite un régime particulier, ou du moins que le régime actuel soit réformé à nouveau.

PARTIE II. LA NÉCÉSSITÉ DE RÉFORMER LE MODE DE DÉCISION IMPLICITE

Les deux objectifs principaux de la réflexion qui sera au centre de cette seconde partie sont, dans un premier temps, de démontrer que l'effort de généralisation de la décision implicite par le biais de la réforme de 2013 constitue une preuve de la difficile appréhension de cette fiction juridique par le droit public, et ce tant dans sa conceptualisation que dans son application en pratique **(Titre 1)**, puis dans un second temps de tenter d'explorer des pistes qui pourraient selon nous permettre de placer la décision implicite comme outil incontournable de la modernisation de l'Administration active **(Titre 2)**.

Cette réforme, dans la continuité de la loi du 12 novembre 2013, apparaît nécessaire dans la mesure où le dispositif semble ne plus être adapté à l'évolution du droit public français. Les différentes lois intervenues pour réviser la décision implicite ne sont pas parvenues à corriger les incohérences conceptuelles les plus importantes de ce mécanisme. Il convient donc d'envisager une évolution plus en profondeur du mécanisme, quitte à évoquer l'hypothèse de sa disparition.

Cela nous amènera à réfléchir à la place actuelle de la décision implicite dans le paysage contentieux mais également en tant qu'outil d'accélération de l'Administration, deux aspects qu'il est nécessaire de distinguer selon nous dans la mesure où les deux sens du silence de l'Administration ne partagent pas la même nature, et donc ne partagent pas les mêmes rôles non plus. Il s'agira alors de poser les bases d'une réflexion pouvant conduire à une nouvelle conception du silence, purgée de ses vices.

Titre 1. La recherche de généralisation de la décision implicite

La réforme ayant eu lieu en 2013[668] dans le cadre de la politique du « choc de simplification » menée par François Hollande tend (ou plutôt tendait initialement) à généraliser le recours à la décision implicite en inversant a priori le principe datant de 1900 « silence vaut rejet ». Le fait de vouloir inverser ce principe témoigne effectivement d'une volonté de mettre en avant la décision implicite dans la mesure où, comme nous avons pu le montrer au cours de cette thèse, les conséquences n'étant pas les mêmes, les implications plus lourdes de la généralisation du silence-acceptation imposent une attention particulièrement accrue et donc une place nécessairement centrale de la décision implicite.

Toutefois, la réforme – de sa conception à sa mise en œuvre – soulève bien plus de questions qu'elle n'apporte de réponses, notamment dans la manière dont elle appréhende le mécanisme de la décision implicite **(Chapitre 1)**. Ce qui amène à s'interroger sur la portée réelle de cette réforme mais également sur la manière dont il serait possible de pallier ses faiblesses **(Chapitre 2)**.

[668] Loi n° 2013-1005 du 12 novembre 2013 habilitant le Gouvernement à simplifier les relations entre l'administration et les citoyens.

Chapitre 1. Les faiblesses juridiques de la réforme de 2013 sur la décision implicite

Nous nous concentrerons dans un premier temps sur les usages actuels de la décision implicite, globalement encore perçue comme un dysfonctionnement, une « pathologie » du système administratif **(Section 1)** avant de nous interroger dans un second temps sur les raisons de l'apparent échec de la réforme de 2013 en ce qui concerne la décision implicite **(Section 2)**.

Section 1. La difficile appréhension de la décision implicite synonyme de dysfonctionnement

Certains auteurs, comme Charles DEBBASCH[669], estiment que la décision implicite recèle un potentiel encore inexploité, et notamment la décision implicite d'acceptation, qui pourrait permettre une prise de décision rapide par l'administration dans des domaines touchant l'intérêt général. À l'heure actuelle, le mode de décision expresse est encore le mode de décision dominant utilisé par l'administration, un mode pourtant trop lourd, a fortiori à l'ère du numérique[670].

Nous nous attacherons donc dans cette section à démontrer que les usages de la décision implicite restent aujourd'hui trop superficiels alors même que le mécanisme offre selon nous des solutions adaptées à l'évolution des besoins de la société en termes de modernisation de l'action administrative, à condition d'être correctement appréhendé **(§1)** avant de mettre en avant les avantages qui existeraient à développer davantage le recours à ce mode de décision **(§2)**.

§1. L'intérêt pratique de la décision implicite encore incompris

Malgré les possibilités offertes par le mode de l'implicite, le constat que nous faisons demeure celui la forte dominance du recours à la décision expresse, du fait d'une conception initiale de la décision implicite très pragmatique et rigide **(A)**, une situation que la réforme de 2013 a tenté de modifier sans véritablement y parvenir **(B)**.

---

[669] DEBBASCH (CH.), *Les modes non formels d'expression de la volonté de l'administration en droit français*, in *Travaux de l'Association Henri Capitant*, Dalloz, 1968.

[670] On aurait pu légitimement penser que la démocratisation des outils numériques au sein de l'Administration contribuerait à la simplification/accélération des procédures, mais c'est au final l'inverse qui se produit dans la plupart des cas, par manque d'expertise. Un phénomène questionnant existe dans le fait que la modernisation technologique de l'Administration implique souvent l'introduction de nouveaux logiciels/matériels informatiques dans les services, mais les formations à leur usage sont tardives (quand elles ne sont pas absentes).

A. Le maintien du recours à la décision expresse et à la décision implicite de rejet dans les domaines régaliens

Deux constats sont à corréler ici. Dans un premier temps, il est possible de constater en regardant les tableaux présentant les cas dans lesquels s'appliquent soit le silence-rejet, soit le silence-acceptation, que les domaines touchant aux fonctions dites régaliennes de l'État sont très largement soumis à la décision implicite de rejet **(1)**. Ce qui peut être directement associé au second constat : malgré la dominance théorique du silence-rejet dans ces matières, la pratique semble montrer que les décisions rendues sont très souvent des décisions expresses **(2)**.
Il est cependant nécessaire de noter que les sources disponibles sur lesquelles fonder ce second constat ne sont pas suffisamment exhaustives pour pouvoir conclure à une affirmation générale[671].

1) La dominance de la décision implicite de rejet dans les matières régaliennes

Ce premier constat apparaît lors de la confrontation des tableaux des procédures pour lesquelles le silence gardé sur une demande vaut accord et la liste des « exceptions » prévues par les décrets ou par la loi elle-même[672].
Il semble nécessaire de prime abord de s'entendre sur la définition à donner à ces domaines « régaliens », qui peuvent varier selon les acceptions. Dans le cas de notre étude, nous nous référons à la définition la plus générale de ces matières, à savoir ce qui concerne la sécurité extérieure (notamment la diplomatie et la défense du territoire), la sécurité intérieure et maintien de l'ordre public, la définition du droit et la justice, et enfin la souveraineté économique et financière (émission de la monnaie)[673].

Lorsque l'on s'attache donc à analyser les tableaux et décrets d'exceptions issus de la réforme de 2013[674], il ressort que l'essentiel des procédures concernées par le silence-acceptation reste, quoiqu'important en volume, limité à des procédures que l'on pourrait qualifier d'anodines, ou en tout cas, n'emportant pas de grande conséquence pour l'ordonnancement juridique.

À titre d'exemple, dans le Code de la sécurité intérieure, valent décisions de rejet passé un délai de deux mois les demandes visant à « la réutilisation d'informations publiques sans mention des sources et de la date de leur dernière mise à jour en vue d'une altération de ces

[671] L'accès à ces informations s'est avéré bien plus difficile qu'initialement anticipé, notamment à cause de nombreuses réticences à communiquer lesdites données.
[672] À retrouver sur le site www.légifrance.fr
[673] *L'administration des fonctions régaliennes de l'État*, École supérieure de l'éducation nationale, Séminaire DAFPE du 5 mars 2010.
[674] Voir les Annexes, p. 429.

informations »[675], et « l'octroi d'un droit d'exclusivité pour la réutilisation d'informations publiques »[676].
Encore, dans le Code de la défense, valent décision de rejet les demandes d'habilitation à « accéder à un système d'informations classifiées ou à ses dispositifs, matériels ou logiciels, de protection »[677] ; les demandes « d'habilitation à connaître d'informations et supports classifiés »[678] ; les demandes « d'agrément des centres d'évaluation chargés de procéder à l'évaluation des produits ou des systèmes des technologies de l'information »[679].
Il en est de même avec les trente-cinq exceptions contenues dans le décret n°2014-1279 du 23 octobre 2014 modifiant le Code de procédure pénale, ou les treize exceptions du décret n° 2014-1282 du 23 octobre 2014 modifiant le Code général de la propriété des personnes publiques.

Nous pourrions pratiquement citer l'intégralité des exceptions contenues dans tous les décrets et démontrer que toutes ces exceptions au silence-acceptation concernent, sinon des domaines régaliens à proprement parler, au moins des matières d'importance nationale et d'intérêt général.

À l'inverse, il convient de montrer également que les demandes soumises au régime du silence-acceptation concernent uniquement des demandes n'emportant pas ou peu de conséquences au niveau de l'ordonnancement juridique, en tout cas lorsque l'on se situe dans une perspective de sauvegarde de l'intérêt général, et ce même lorsqu'il s'agit d'un domaine pourtant régalien.

À ce titre, il est possible de citer la demande d'autorisation de « remplacer le carnet de réception de sucre, glucose, isoglucose et de sirop d'inuline par tous autres registres ou documents présentant les mêmes informations »[680] ; la demande d'agrément « aide fiscale à l'investissement outre-mer (logements) »[681] ; la demande de « suppression des installations nouvelles établies par l'État sur un navire réquisitionné »[682] ; la demande de « nomination en qualité de membres de l'Académie de Marine »[683].

---

[675] Décret n° 2016-308 du 17 mars 2016 - art. 2 (V) modifiant l'article 12 du Code de la sécurité intérieure.
[676] Décret n° 2016-308 du 17 mars 2016 - art. 2 (V) modifiant l'article 14 du Code de la sécurité intérieure.
[677] Décret n° 2014-1266 du 23 octobre 2014 relatif aux exceptions à l'application du principe « silence vaut acceptation » […], modifiant l'article R. 2311-7-1 du Code de la défense.
[678] Décret n° 2014-1266 du 23 octobre 2014 relatif aux exceptions à l'application du principe « silence vaut acceptation » […], modifiant l'article R. 2311-7 du Code de la défense.
[679] Décret n° 2014-1266 du 23 octobre 2014 relatif aux exceptions à l'application du principe « silence vaut acceptation » […], modifiant l'article 11 du Décret n° 2002-535 du 18 avril 2002.
[680] Article 425, al. 2 du Code général des impôts et art. 289 de l'annexe II du Code général des impôts.
[681] Article 199 undecies B du Code général des impôts.
[682] Article R2234-63 du Code de la défense.
[683] Article R2413-110 du Code de la défense.

À nouveau, il serait ici possible de poursuivre l'énumération de ces cas dans lesquels le silence vaut acceptation sans jamais trouver d'exemple allant à l'encontre de la démonstration. On remarque donc une certaine logique dans la répartition entre principe et exception : les demandes d'administrés concernant des matières présentant des « risques » pour l'intérêt public restent soumises au silence-rejet, devenu « l'exception », celles ne présentant qu'un risque minimal étant soumises au régime du silence-acceptation.

Si cette répartition semble s'entendre, de nombreuses questions restent en suspens quant à l'opportunité de cette réforme ainsi qu'à son exécution en pratique. Car si cette répartition paraît satisfaisante à de nombreux égards, l'application à la pratique est moins évidente, ce que nous verrons dans un prochain développement[684].

2) La décision expresse privilégiée par les administrations

L'autre constat que nous avons pu faire lors de l'étude de ce sujet concerne la prévalence de la décision expresse dans le cadre de l'Administration active. Nos diverses rencontres avec différentes administrations, quoique non exhaustives, nous ont cependant amené à la même conclusion, à savoir le choix privilégié de la décision explicite pour répondre aux requêtes des administrés, son pendant implicite étant perçu – nous l'avons dit – comme une sorte d'échec du système administratif.
Ce point constitue selon nous un indicateur fort sur la manière dont est perçue la décision implicite par les acteurs qui y recourent, mais encore davantage sur la manière dont elle n'est pas perçue, c'est-à-dire comme un outil potentiel d'accélération et de désengorgement des Administrations.

Notre rencontre avec Cécile VAN WUIJCKHUIJSE, du service des pensions (rattaché au Ministère de l'Éducation nationale) nous a permis de confirmer une pratique que nous avions déjà pu constater à la Direction des Études et de la Vie Universitaire (DEVU) de Nantes ainsi qu'au Service des retraites de l'État (SRE), à savoir le recours privilégié, sinon exclusif, à la décision expresse. La justification avancée à chaque fois repose sur l'habitude de fonctionnement d'une part : la décision expresse représente le mode de fonctionnement normal de l'Administration et la naissance d'une décision implicite est considérée, statistiquement, comme une erreur ; sur le respect de l'administré et notamment de son droit d'autre part.

Les raisons de ce comportement de l'Administration seront étudiées dans le chapitre suivant. Nous allons ici nous attacher davantage à démontrer comment deux mécanismes complémentaires – implicite et explicite – sont aujourd'hui hiérarchisés dans la pratique, entraînant une exclusivité de principe.

[684] Voir *infra*, B.

Il convient de préciser en premier lieu les raisons d'une telle hiérarchisation dans la pratique. Comme nous l'avons laissé entendre, le principal facteur expliquant la séparation des deux modes de décision réside dans leur conception initiale ; les deux modes sont certes complémentaires mais pas alternatifs. En effet, la décision implicite ayant été conçue pour pallier l'absence de réponse de l'Administration, elle a donc pour but de remplacer la décision expresse.

Cela peut sembler relever du bon sens mais les conséquences que cette logique entraîne ne sont pas anodines pour autant. Cette relation initiale entre les deux modes de décisions de l'Administration reposait et repose encore sur la notion de dysfonctionnement. De ce fait, le fonctionnement normal du système administratif français repose sur la décision expresse de l'Administration, et la décision implicite n'existe que comme une garantie pour l'administré, elle n'est pas considérée comme une manière alternative de faire naître une décision pour l'Administration.

Il ressort de ce constat que dans « l'imaginaire administratif », les deux modes de décision ne se situent pas du tout sur le même plan et ne sont pas équivalents. Si sur le plan juridique, décision implicite et décision expresse possèdent la même portée (du point de vue de l'administré), c'est loin d'être le cas du point de vue de l'administration active. Ainsi, la « norme » en matière d'administration active est et reste encore aujourd'hui le mode de décision explicite, tandis que le mode implicite constitue une « pathologie », pour reprendre les termes employés par Ch. DEBBASCH[685].

De la même manière, la décision implicite, lorsqu'elle est utilisée dans les domaines de l'État dont l'importance est de premier ordre, possède un sens de rejet et ce peu importe que le « principe » soit le rejet ou l'acceptation. Là encore, la justification trouve racine dans le même raisonnement : le sens initial du silence de l'Administration était le rejet dans la mesure où il s'agit de la solution la plus sécurisante juridiquement, et reste donc le sens privilégié encore aujourd'hui dans les matières dites régaliennes. La logique est donc la suivante : l'action administrative passe par la décision expresse et lorsqu'il existe un dysfonctionnement, le sens du silence est le rejet.

Les réformes récentes, a fortiori celle de 2013, tendent à généraliser l'usage de la décision implicite en forçant l'intégration d'une logique nouvelle, assise sur des fondements fragiles. Car si le mécanisme de l'implicite est centenaire, la logique sur laquelle il est fondé l'est aussi. Modifier en profondeur la portée de ce mécanisme – en lui donnant un aspect beaucoup plus utilitaire – sans réformer la logique de mécanisme-sanction qui l'accompagne semble être une entreprise particulièrement périlleuse. Sans compter que la loi de 2013 réformant le sens

[685] DEBBASCH (CH.), *Les modes non formels d'expression de la volonté de l'administration en droit français*, in *Travaux de l'Association Henri Capitant*, Dalloz, 1968.

du silence ne nous semble pas avoir réussi à appréhender correctement le mécanisme de l'implicite, qu'elle cherche paradoxalement à bouleverser. Ce choix, qui semble davantage relever du pari audacieux que de la décision mûrement réfléchie, nous apparaît hautement discutable, comme nous allons maintenant le démontrer.

B. La loi de 2013, illustration de la difficile appréhension du silence-acceptation par le droit public

L'analyse de la loi de 2013, de sa conception à son application, fait apparaître un certain nombre de points témoignant d'une forme de précipitation, notamment en ce qui concerne l'appréhension de la décision implicite, pourtant au cœur de la réforme.
Afin de relever les défauts, ou en tout cas les points soulevant des interrogations, il apparaît nécessaire de revenir aux origines de la réforme (**1**) avant de s'intéresser plus en détail à son application (**2**).

1) Une préparation précipitée

De manière purement objective, il nous semble essentiel de commencer par évoquer le contexte dans lequel la réforme du silence de l'Administration a vu le jour car celui-ci apparaît riche d'enseignements concernant ses faiblesses structurelles, concrétisées en pratique par une confusion certaine, doublée d'une complexité accrue par rapport à la situation antérieure. Si nous avons déjà évoqué cette préparation discutable, nous allons l'aborder cette fois sous un autre angle.

C'est le Premier ministre[686] qui a demandé au Conseil d'État, par une lettre en date du 13 août 2013, la réalisation d'une étude sur l'application du principe « silence vaut accord ». Cette demande s'inscrivait dans le cadre de la réforme annoncée par le Président de la République François HOLLANDE lors d'un discours prononcé le 16 mai 2013, dans lequel il avait considéré que le silence de l'Administration vaudrait dorénavant, dans de nombreux domaines, acceptation de la demande.

Cette annonce s'est ensuite traduite par un amendement, devenu l'article 1er de la loi n° 2013-1005 du 12 novembre 2013 habilitant le Gouvernement à simplifier les relations entre l'administration et les citoyens et dont l'objet principal était d'inverser le sens de droit commun conféré au silence gardé par l'Administration sur une demande à l'expiration d'un délai de deux mois.

[686] À l'époque, Jean-Marc AYRAULT.

Selon le Conseil d'État[687], un groupe de travail a été constitué afin de mener, entre septembre et décembre 2013, des échanges avec les diverses administrations ; cinq réunions ont eu lieu avec l'ensemble des secrétaires généraux des ministères et les services juridiques des administrations ; des rencontres avec quelques personnalités extérieures ont permis d'éclairer davantage les travaux en amont de la réforme.

Si sur le papier, tout semble avoir été maîtrisé, des doutes légitimes subsistent néanmoins, notamment quand l'on se concentre sur la période de temps – relativement courte – entre le moment où l'annonce a été faite et celui où elle est devenue une réalité juridique en entrant en vigueur.
Il convient donc de soulever ces questions et de mettre en exergue les signes de précipitation dans la préparation et la mise en œuvre de cette réforme.

Intéressons-nous ici à la courte période de gestation de cette réforme. En effet, sept mois se sont écoulés entre l'idée et sa concrétisation dans les faits et seulement quatre entre la demande faite au Conseil d'État par le Premier ministre et la loi du 13 novembre 2013. Lorsque l'on sait ce que sous-entend au plan juridique l'inversion d'un tel principe un peu plus que centenaire, il est possible d'être dubitatif quant à la qualité d'un projet aussi ambitieux achevé en si peu de temps et plusieurs facteurs viennent renforcer ce sentiment.

Afin d'entreprendre une telle réforme, il est d'abord nécessaire de parvenir à une vue d'ensemble des régimes existants de décision implicite d'acceptation et de rejet. Si cela peut sembler logique tant ce recensement est fondamental pour mener à bien une réforme de ce type, ce n'est pourtant pas ce qui a été fait – du moins, pas de manière aussi rigoureuse que cela aurait dû être selon nous.

Effectivement, dans le cadre de la réforme, les diverses Administrations ont été invitées à effectuer un recensement des procédures de décision implicite en vigueur à l'époque. Toutefois, seuls les régimes de décision implicite étaient concernés et les tableaux fournis n'étaient pas exhaustifs.
Nous voyons au moins deux problèmes liés à ce constat : d'une part, déjà avant l'application de cette réforme, quand le silence-rejet était le « principe », certains auteurs critiquaient déjà cette qualification étant donné le nombre impressionnant d'exceptions. De ce fait, se cantonner à simplement établir une liste des régimes de silence-acceptation revient à n'effectuer qu'une partie du travail normalement nécessaire à la viabilité d'une telle réforme.

[687] CONSEIL D'ÉTAT, *L'application du nouveau principe « silence de l'administration vaut acceptation »*, Les études du Conseil d'État, La documentation Française, 2014, 140 pp.

En outre, le fait que les listes ne soient pas exhaustives (selon les mots du Conseil d'État[688]) pose également un problème, encore plus important de notre point de vue, puisque cela revient à mettre au point une réforme ambitieuse sans avoir récolté toutes les données nécessaires en amont.

Il est certes possible d'arguer que ce recensement s'est poursuivi après l'entrée en vigueur de la réforme, qui a été appliquée en deux étapes : la nouvelle règle de la décision implicite est devenue effective pour les administrations d'État en 2014 et en 2016 pour les administrations décentralisées.
Cependant, il semble difficile de soutenir un tel argument étant donné l'ampleur de la réforme ; comment observer l'impact et les conséquences de l'application d'une nouvelle réforme lorsque celle-ci n'a pas été fondée à la base sur des données complètes ?

L'autre point qui retient notre attention dans la manière de mettre au point cette réforme sur le silence de l'Administration concerne les personnalités approchées afin de mettre en commun les informations et rechercher le conseil des spécialistes. Nous distinguons ici les membres du groupe de travail et les personnes rencontrées[689]. Cependant, dans les deux cas, nous constatons que très peu d'universitaires ont été sollicités. Sans être gage de qualité supérieure, il nous semble nécessaire pour une réforme de ce type de recueillir également les points de vue de spécialistes théoriciens autant que des praticiens.
En l'occurrence, sur les quatorze personnes constituant le groupe de travail, seul un universitaire était présent[690]. Quant aux personnes consultées ne faisant pas partie du groupe de travail, sur cent vingt noms, seuls deux appartiennent à des universitaires[691].

Cette faible présence de spécialistes de la théorie juridique sur le sujet concerné peut laisser perplexe étant donné – une fois de plus – l'objet de cette réforme, d'abord théorique avant d'être pratique. Car avant d'être un outil d'administration, la décision implicite demeure à l'origine une création purement théorique, une fiction. Il nous semble donc primordial de chercher à asseoir solidement l'aspect théorique de la décision implicite d'acceptation avant de se concentrer sur les moyens de sa mise en œuvre.

Il semblerait donc que la visée de la réforme de la décision implicite soit essentiellement politique plutôt que d'être juridique.

---

[688] CONSEIL D'ÉTAT, *L'application du nouveau principe « silence de l'administration vaut acceptation »*, Les études du Conseil d'État, La documentation Française, 2014, p. 101.
[689] Voir : CONSEIL D'ÉTAT, *L'application du nouveau principe « silence de l'administration vaut acceptation »*, Les études du Conseil d'État, La documentation Française, 2014, pp. 93 et 95-100.
[690] Il s'agissait de Fabrice MELLERAY, professeur à l'Université de Paris 1 - Panthéon-Sorbonne.
[691] Jean-Bernard AUBY, professeur des universités à l'Institut d'études politiques de Paris et Thomas PERROUD, maître de conférences à l'Université de Paris-Est Créteil.

Il convient de rappeler que cette réforme fait partie de la politique de « choc de simplification » menée par François HOLLANDE lors de son mandat présidentiel. Nous aurons l'occasion de revenir plus en détail sur la réalité de cette simplification, en tout cas en ce qui concerne la décision implicite.

Ce manque de préparation apparaît d'autant plus intrigant que dès 1994, l'idée que toutes les demandes à caractère non financier puissent faire l'objet d'un régime d'autorisation tacite en l'absence de refus explicite dans les deux mois avait déjà été proposée dans un rapport sur la réforme de l'État. Déjà, l'objectif affiché était une meilleure satisfaction de l'intérêt des administrés et une plus grande efficacité de l'administration. Comme nous l'apprend D. RIBES, une circulaire du premier ministre du 15 mai 1996 « *a invité les ministres à envisager tous les cas dans lesquels le silence pourrait valoir acceptation pour permettre une « accélération des délais de réponse de l'administration » afin de « rapprocher l'administration des citoyens » et d' « améliorer l'efficacité de l'organisation étatique »* »[692]. Il est donc curieux de constater que la réforme de 2013 semble avoir été préparée à la hâte alors même que des pistes avaient déjà été évoquées presque dix ans auparavant.

En outre, « l'incidence d'un régime de décision implicite d'acceptation sur la modernisation de l'administration a également été particulièrement mise en avant lors de l'examen au Parlement, en 1996, du projet de loi relatif à l'amélioration des relations entre les administrations et le public puis, à partir de 1998, de la future loi du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations, sans pour autant que soit finalement proposé un renversement du principe »[693]. Les raisons pour lesquelles la réforme de 2013 n'a pas vu le jour en 2000, alors que la question de l'évolution de la décision implicite semble avoir été alors étudiée en détail restent obscures, a fortiori lorsque l'on voit la mise en œuvre difficile de la réforme de 2013.

2) Des résultats nuancés de l'application de la réforme

Il est difficile, même après sept ans de mise en œuvre de la réforme, d'établir un bilan précis des conséquences – positives ou négatives – de l'inversion du principe du silence-rejet. Comme nous avons déjà pu l'évoquer, obtenir ce genre d'information de la part des administrations se trouve être particulièrement ardu, notamment à cause des réticences. Cependant, nous pouvons déjà repérer quelques tendances avec les informations à notre disposition, et il apparaît qu'elles ne remettent pas véritablement en question la situation antérieure à cette réforme.

---

[692] RIBES (D.), *Le nouveau principe « silence de l'administration vaut acceptation »*, AJDA 2014, p. 389.
[693] *Ibid.*

En outre, un rapport effectué par le Sénat est disponible depuis juillet 2015 et fait un bilan de l'application de la réforme de 2013[694]. Le rapport conclut à une réussite, en insistant néanmoins sur la nécessité de continuer de surveiller certains points plus mitigés (notamment la complexité globale du mécanisme). Toutefois, à la lecture dudit rapport complété par les débats y afférents, il ressort que la réalité doit sans doute être davantage nuancée.

Cela semble se vérifier dès la lecture du II de ce rapport, intitulé : « L'application du "silence vaut acceptation" nécessite des efforts du Gouvernement ainsi qu'une volonté de clarté et de pédagogie à l'égard des citoyens ». On note d'emblée une mise en garde de la part des rapporteurs du Sénat, et non des moindres puisqu'il s'agit pour le Gouvernement de devoir « faire des efforts » et d'accentuer le travail de clarté et de pédagogie. Nous nous situons là sur des fondamentaux pour n'importe quel travail d'application de la loi.

On notera d'ailleurs que ce rapport s'intéresse exclusivement à la manière dont le Gouvernement a appliqué et continue d'appliquer cette réforme, et non pas à la clarté de la loi initiale, qui est pourtant la base de ce que doit appliquer le Gouvernement. Beaucoup des reproches (ou du moins, recommandations) formulés à l'encontre du Gouvernement paraissent pourtant prendre leur source directement dans la qualité de la loi formant le fondement de cette réforme, d'autant plus lorsque l'on sait que cette mesure du « silence vaut acceptation » a été ajoutée au cours du débat parlementaire par un amendement du Gouvernement, ce que certains critiquaient déjà avant l'entrée en vigueur de la réforme, craignant un manque de préparation[695]. Nous nous rallions à cette opinion.

Le rapport commence par rappeler que le « silence vaut acceptation » constitue certainement la mesure de la loi de 2013 « la plus complexe à mettre en oeuvre car elle concerne de nombreuses procédures et implique une profonde évolution de la culture administrative »[696]. Nous reviendrons sur ce premier point plus loin dans la réflexion, mais il est déjà possible de noter que s'il est vrai que cette mesure concerne un grand nombre de procédures, elles restent néanmoins marginales par rapport à celles concernées par le silence-rejet. L'un des intérêts majeurs de cette réforme n'a pas nécessairement été de soumettre plus de décisions au régime de l'acceptation implicite, mais davantage d'effectuer un recensement de ces procédures (dont la majorité existaient déjà mais n'étaient pas forcément répertoriées à l'échelle de l'Administration nationale).

[694] Rapport d'information n° 629 (2014-2015) de MM. Hugues PORTELLI et Jean-Pierre SUEUR, fait au nom de la commission des lois, déposé le 15 juillet 2015.
[695] Voir le compte-rendu de l'examen en commission du rapport n° 742 de M. Hugues Portelli fait au nom de la commission des lois et relatif au projet de loi habilitant le Gouvernement à simplifier les relations entre l'administration et les citoyens (http://www.senat.fr/rap/l12-742/l12-742.html).
[696] Voir : Rapport d'information n° 629, « *Le silence de l'Administration vaut acceptation* » *: Rapport d'évaluation de la loi du 12 novembre 2013*, 2015, p. 16.

Concernant le second point, les rapporteurs précisent ce qu'ils entendent par la « profonde évolution de la culture administrative » que la réforme implique en évoquant le fait que le « principe du "silence vaut acceptation" promeut également une nouvelle culture administrative qui se traduit également par des réponses plus rapides : l'administration doit en effet veiller à répondre dans les délais impartis afin d'éviter toute acceptation implicite inopportune - voire illégale - d'une demande d'un administré »[697].

Si nous sommes d'accord pour considérer que cette réforme se fait l'indicateur d'une transformation des fondements de l'Administration[698], nous pensons en revanche que la logique évoquée dans le rapport présente les signes d'un raisonnement fallacieux. Nous voyons mal comment le fait d'inverser le principe du silence-rejet puisse se traduire par un traitement plus rapide des dossiers. Selon les rapporteurs, l'Administration n'a pas d'autres choix que de répondre dans les délais impartis sous peine d'accepter implicitement des demandes « inopportunes » voire « illégales ». Au-delà de sembler relativement idéaliste, ce point de vue sous-entend d'une part que l'Administration dispose des moyens de traiter toutes les demandes dans les délais impartis et, d'autre part, que l'Administration ne possédait pas déjà cette volonté de répondre explicitement avant la réforme.

De la même manière, le lien entre le silence-acceptation et la rapidité de traitement des demandes paraît douteux. Si le fait d'encadrer le temps dont dispose l'Administration pour répondre à une demande entraîne automatiquement la naissance d'une décision dans un délai certain, il n'est en revanche pas évident d'affirmer que ce délai est toujours plus court que lorsque l'Administration décide de répondre de manière expresse aux demandes, a fortiori quand les délais conditionnant la naissance des décisions implicites ont désormais perdu le semblant d'unité qu'ils avaient préalablement à la réforme.

Dernier détail dans cet exposé liminaire de la réforme de 2013, que nous avons déjà soulevé et que le rapport rappelle également : la confusion sur la nature juridique de la règle du silence-acceptation. En effet, il est possible de lire que « la règle est désormais, qu'à la suite d'une demande d'un citoyen adressée à une administration, le silence gardé par cette dernière pendant un délai de deux mois vaut acceptation. Cette règle revient sur un principe en vigueur depuis 1864 et selon lequel le silence valait rejet »[699].

Il est étrange de constater que la question de la nature juridique de cette « règle » ne soit jamais évoquée clairement, car il nous semble difficilement acceptable qu'une règle puisse

[697] *Ibid.,* p. 17.
[698] Nous développons ce point dans le chapitre suivant (voir *infra*, p. 254).
[699] Rapport d'information n° 629, « *Le silence de l'Administration vaut acceptation* » *: Rapport d'évaluation de la loi du 12 novembre 2013*, 2015, p. 16.

remettre en cause un « principe » juridique, ce que conteste également B. SEILLER lorsqu'il évoque ce « *dispositif [qui] affirme renverser le principe* »[700]. Cela étant, si le terme de principe s'entend dans un sens courant et non pas juridique, il peut alors être considéré comme un synonyme du terme « règle » (on remarquera d'ailleurs que le terme de règle est utilisé pour définir celui de principe dans le dictionnaire Larousse par exemple).

Pourtant, même si l'utilisation de ce terme demeure ambiguë en l'espèce, elle possède au moins le mérite d'être *honnête* du point de vue de la cohérence. En effet, quel que soit le sens que l'on donne au terme « principe », une constante de sa définition réside dans le fait que le principe représente la norme et les exceptions ne doivent pas vider celle-ci de sa substance, auquel cas il ne s'agit pas d'un principe. Or, depuis la réforme de 2013, il apparaît de manière évidente que le nombre d'exceptions est largement supérieur au nombre de décisions concernées par le « principe ». Le silence-acceptation est donc bien une règle et non un principe.

Ensuite, de manière plus concrète, les rapporteurs font dans la première sous-partie de ce II un constat « globalement positif pour les décisions de l'État, mais une complexité à ne pas sous-estimer ». À nouveau il est possible de noter des résultats en demi-teinte malgré l'intitulé se voulant optimiste, car l'on retiendra davantage la complexité de la réforme dans sa mise en œuvre que le constat *globalement* positif, qui n'a que peu de sens. On rappellera que la réforme est née d'un constat de complexité du mécanisme de la décision implicite et intervient dans un souci de simplification du droit…
De ce fait, lire dans le rapport faisant le bilan de la mise en œuvre de la réforme de 2013 des mises en garde concernant sa complexité nous fait nous questionner quant aux éléments permettant de faire un constat « globalement positif » et semble donner raison à B. SEILLER qui considère que « *plus que trompeuse, cette réforme est calamiteuse* »[701] du point de vue de la complexité accrue.

Si l'on s'intéresse aux chiffres, il ressort du rapport que le silence-acceptation est désormais applicable à **1 200 procédures administratives** contre 400 avant la réforme[702], soit une multiplication par quatre des démarches concernées.
Le ton employé dans le rapport semble indiquer une corrélation entre l'augmentation des procédures administratives concernées par le silence-acceptation et la réussite de la réforme, ce qui nous paraît assez largement discutable. Sur quels critères devons-nous nous baser pour

[700] SEILLER (B.), *Droit administratif - L'action administrative*, t. 2, coll. Champs, Flammarion, 2018, p. 346.
[701] *Ibid.*, p. 347.
[702] Le rapport explique que « bien que le principe du « silence vaut rejet » ait prévalu avant la loi n° 2013-1005 précitée, il existait en effet 400 exceptions, notamment en droit de l'urbanisme (permis de construire acquis tacitement sauf exceptions), pour lesquelles le silence valait accord ».

qualifier cette évolution de réussite ou d'échec ? Si le critère premier est simplement l'augmentation du nombre des procédures concernées par le silence-acceptation, alors oui, le résultat est à la hauteur des espérances. Cependant, nous voyons mal comment cela se traduit en termes de simplification juridique et administrative.
D'autant plus que le rapport n'indique pas clairement si ces procédures nouvellement concernées par le silence-acceptation sont d'anciennes procédures soumises au principe du silence-rejet, ou s'il s'agit de procédures qui n'étaient tout simplement pas recensées. Dans cette dernière hypothèse, nous pourrions voir à la rigueur un exemple de réussite de la réforme dans le fait d'avoir pu effectuer un recensement exhaustif des procédures administratives soumises au silence-acceptation.

Le doute quant à la pertinence de l'argument quantitatif pour démontrer la réussite de la réforme s'accentue lorsque l'on se plonge dans le détail de ces 1 200 procédures soumises au silence-acceptation. En effet, parmi ces procédures, on peut relever que le principe du silence-acceptation s'applique après un délai de deux mois pour 730 procédures. Le rapport cite les exemples de la demande de report de la participation à la Journée défense et citoyenneté (art. R. 112 3 du code du service national) ou du redoublement scolaire de son enfant (art. D. 331-29 du code de l'éducation). Il est d'ores et déjà possible de constater que sur 1 200 procédures, un peu moins de deux-tiers sont concernées par le délai « normal » de deux mois. Si l'on prend comme point de référence le principe tel qu'il était formulé avant 2013, on constate qu'il s'agit déjà d'un recul en termes de clarté : si le silence-acceptation au bout d'un délai de deux mois constitue aujourd'hui le principe, alors ce principe est substantiellement remis en cause par une importante série d'exceptions concernant le délai après l'expiration duquel naît la décision implicite en cause, du moins tel est notre point de vue[703].

Certes de telles exceptions existaient déjà du temps où le silence-rejet était le principe, mais elles étaient réellement – quantitativement parlant – des exceptions.

En outre, pour compléter cette statistique, il est possible d'ajouter que le silence vaut accord s'applique après un délai supérieur à deux mois pour 470 procédures, comme c'est le cas par exemple pour les demandes de renouvellement d'agrément formulée par l'exploitant d'une installation de stockage, de dépollution ou de véhicules hors d'usage (art. R. 543-162 du code de l'environnement).

[703] Cette opinion peut être relativisée par le fait qu'il n'existe pas de consensus autour du ratio principe/exceptions permettant d'affirmer avec certitude que telle proportion d'exceptions est suffisante pour remettre en cause le principe. On peut, en se basant sur de la logique, considérer néanmoins que lorsque le nombre d'exceptions est égal ou supérieur au nombre de cas soumis au principe, celui-ci est remis en cause. Suivant cette logique, nous estimons que lorsque plus d'un tiers des cas dévient du principe, cela le fragilise.

Ici, hormis le fait que cela vient confirmer les propos précédents, deux nouvelles interrogations surgissent. D'une part, les rapporteurs ont évoqué plus tôt dans leur bilan le fait que cette réforme induit une nouvelle culture administrative, celle de la célérité dans les réponses afin d'éviter de laisser naître des décisions inopportunes ou illégales. Or, nous voyons mal comment un nouveau « principe », grevé de plus d'un tiers de cas dans lesquels le délai de deux mois ne s'applique pas, contribue au développement de cette nouvelle culture.

Déjà, comme nous l'avons soulevé plus tôt, si le délai de deux mois était unique, cela forcerait certes éventuellement l'Administration à répondre (du moins la pression est plus présente que lorsqu'il s'agit d'une hypothèse de silence-rejet, pour les raisons juridiques évoquées), mais en aucun cas cela ne signifierait que l'Administration réponde automatiquement plus rapidement que si elle l'avait fait de manière expresse. Le fait qu'il y ait plus d'un tiers de cas dans lesquels le délai est supérieur à deux mois rend donc cette hypothèse encore moins plausible.

D'autre part, et il s'agit ici d'une remarque portant davantage sur une question d'arithmétique basique, si le rapport mentionne le recensement de 1 200 procédures désormais soumises au silence-acceptation, que sur ce nombre 730 procédures sont concernées par le délai de deux mois et 470 par un délai supérieur à deux mois (ce qui nous donne effectivement un total de 1 200 procédures), quid des procédures soumises à la règle du silence-acceptation mais dans un délai inférieur à deux mois ? Car il en existe plusieurs.

Dans tous les cas, et sans entrer davantage dans le détail[704], il est possible de conclure sur ce premier point en observant que, si à la rigueur il existait une cohérence dans les délais de la décision implicite d'acceptation, cela pourrait faire relativiser la proportion discutable des procédures soumises au délai « normal » de deux mois dans le total des procédures, mais ce n'est pas le cas. En effet, rien que pour les procédures concernant l'État, nous avons pu compter

[704] Pour un classement des décisions implicites selon la durée d'instruction, voir : DESPRAIRIE (A.), *La décision implicite d'acceptation*, Mare & Martin, 2021 (à paraître), spéc. Annexe n°4-4 (p. 497).

pas moins de 27 délais différents[705] à l'issue desquels naît une décision implicite d'acceptation, sans compter les montages encore plus complexes que l'on peut également trouver[706] [707].

Autre fait intéressant à relever, selon une étude menée par A. DESPRAIRIE auprès d'un panel composé de collectivités territoriales entre janvier et mars 2017 concernant l'impact de la réforme « silence vaut accord », il est possible de constater que le respect des règles de procédures relatives aux accusés de réception et leur contenu sont respectés de manière très relative.

En effet, à la question : « De manière générale, répondez-vous aux demandes des administrés avec un accusé de réception ? », 16,4% le font de manière très faible et 25,5% de manière faible contre 21,8% le faisant de manière systématique et 16,4% le faisant beaucoup.

De même, à la question : « Précisez-vous dans l'accusé de réception les mentions obligatoires-types prévues à l'article R. 112-5 du Code des relations entre le public et l'administration ? », 45,5% le précisent de manière très faible et 16,4% de manière faible, contre 14,5% le faisant de manière systématique.

[705] Des délais comptés en plusieurs unités, s'étalant de 1 mois à 18 mois, en passant par 3 mois et deux semaines ; de 2, 3 ou 6 semaines ; de 5 jours à 90 jours, des distinctions pouvant également exister en fonction des jours ouvrables ou non ; des délais allant jusqu'à 1 an.

[706] Il est possible d'évoquer par exemple, les demandes d'autorisations d'importation parallèle d'une spécialité pharmaceutique vétérinaire (art. R5141-123-7 du Code de la santé publique), soumises à un délai de 30 jours pour les spécialités pharmaceutiques vétérinaires mentionnées à l'article R5141-123-10-1 ; 45 jours pour les produits dont la composition quantitative et qualitative en principes actifs et en excipients, la forme pharmaceutique et les effets thérapeutiques sont identiques à ceux d'une spécialité pharmaceutique vétérinaire ayant obtenu une autorisation de mise sur le marché délivrée par l'agence nationale de sécurité sanitaire de l'alimentation, de l'environnement et du travail ; 90 jours pour les produits qui comportent des quantités de principes actifs ou d'excipients différentes ou des excipients de nature différente de ceux de la spécialité ayant obtenu une autorisation de mise sur le marché délivrée par l'agence nationale de sécurité sanitaire de l'alimentation, de l'environnement et du travail.

[707] Accessoirement, il est intéressant de noter que l'ordonnance n° 2020-306 du 25 mars 2020 (publiée au JO du 26 mars) autorise la suspension de la formation des décisions implicites d'acceptation en période de Covid-19. En effet, l'ordonnance dispose en son article 7 que « *les délais à l'issue desquels une décision, un accord ou un avis de l'un des organismes ou personnes mentionnés à l'article 6 peut ou doit intervenir ou est acquis implicitement et qui n'ont pas expiré avant le 12 mars 2020 sont, à cette date, suspendus jusqu'à la fin de la période mentionnée au I de l'article 1er* ».

§2. Un dysfonctionnement lié à la manière de concevoir la décision implicite d'acceptation plutôt qu'inhérent au mode implicite

L'étude de la réforme, complétée par les analyses du Sénat, montre selon nous que si la décision implicite est encore connotée de façon négative, c'est sans doute moins à cause du mode implicite lui-même que des incohérences et défauts des textes qui le fondent **(A)**. Il serait d'ailleurs presque possible, sans exagérer, de constater une régression du mécanisme de la décision implicite du fait de ses nombreux défauts, certains étant structurels **(B)**.

A. Une conception bancale de la décision implicite nuisible à son appropriation par le droit public

Le problème majeur de la réforme de 2013 en ce qui concerne la décision implicite réside dans ce que « le principe (sic) du *« silence vaut acceptation »* fait l'objet de nombreuses exceptions »[708].

Parallèlement aux 1 200 procédures évoquées précédemment, le silence continue de valoir rejet pour **2 400** autres procédures regroupées dans 45 décrets d'application de la loi n° 2013-1005 précitée (disponibles sur Légifrance). Parmi elles, on distingue :

- **1 800 exceptions** *« législatives »* qui correspondent aux cas où une acceptation implicite ne serait « *pas compatible avec le respect des engagements internationaux et européens de la France, la protection de la sécurité nationale, la protection des libertés et des principes à valeur constitutionnelle[709] et la sauvegarde de l'ordre public* »[710]. Le rapport donne l'exemple des demandes d'agrément des armuriers (art. L. 313-2 du code de la sécurité intérieure) ou de l'autorisation de pénétrer dans les zones de défense hautement sensibles (art. R. 2363-2 du code de la défense).
- **600 exceptions** *« réglementaires »* établies *« eu égard à l'objet de la décision ou pour des motifs de bonne administration »[711]*. Ainsi, le silence gardé par l'administration vaut toujours rejet pour les demandes d'immatriculation d'un bateau (art. R. 4111-3 du code des transports) ou encore l'aménagement de la formation d'un étudiant en situation de handicap (art. L. 123-4-2 du code de l'éducation).

[708] Voir : Rapport d'information n° 629, « *Le silence de l'Administration vaut acceptation* » *: Rapport d'évaluation de la loi du 12 novembre 2013*, 2015, p. 18.
[709] Voir : la décision n° 94-352 DC du 18 janvier 1995 sur la loi d'orientation et de programmation relative à la sécurité
[710] Voir : le 4° du I de l'article 21 de la loi n° 2000-321.
[711] Voir : le II de l'article 21 de la loi n° 2000–321.

Nous pouvons donc noter qu'au total, les exceptions au « silence vaut acceptation » sont plus nombreuses que les cas d'application de la règle[712], ce qui semble parfaitement illogique dans le cadre d'une tentative de simplification.

Pour ne rien arranger, on peut également ajouter que même parmi les exceptions, si le silence vaut rejet au bout de deux mois pour la majorité des procédures, ce délai de rejet tacite est parfois supérieur, comme dans le cas de l'inscription sur la liste d'aptitude aux fonctions de commissaire enquêteur (art. D. 123-38 du code de l'environnement) pour laquelle le délai de rejet est d'un an.

En réalité, cette « majorité » de procédures, mentionnée par les rapporteurs, pour lesquelles le rejet tacite intervient après un délai de deux mois sans réponse laisse à nouveau dubitatif. En effet, après une analyse des exceptions mentionnées dans les décrets (qui sont certes moins nombreuses que les exceptions législatives, donc potentiellement moins représentatives), il ressort que les exceptions au délai de deux mois sont à peu près équivalentes en nombre aux cas pour lesquels ce délai s'applique.

On pourra également noter qu'une fois encore, le rapport s'abstient assez curieusement de mentionner les cas – certes moins nombreux – pour lesquels le délai de rejet tacite est inférieur à deux mois. Ce constat peut sembler quelque peu étrange dans la mesure où c'est probablement l'argument qui soutiendrait le mieux la thèse des rapporteurs selon laquelle la réforme du silence induit un changement de culture administrative liée à la célérité.

Pour compléter cette critique, il est possible d'ajouter que la justification du nombre élevé d'exceptions s'expliquant principalement par la portée des décisions correspondantes, si elle s'entend, n'est pas cohérente avec le discours relatif aux bénéfices de la réforme. L'exemple pris par les rapporteurs l'illustre très bien. Il est possible de lire qu'il n'est notamment pas apparu envisageable d'octroyer le statut de réfugié ou le bénéficie de la protection subsidiaire (art. L 723-3-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile) du seul fait de l'inaction de l'administration.

Encore une fois, si cela s'entend tout à fait, cette logique entre en contradiction avec l'idée avancée par le rapport concernant l'évolution de la culture administrative ; si le but de la réforme est d'exercer une forme de pression sur les administrations afin qu'elles répondent plus vite aux demandes qui leur sont adressées, cela signifie que l'on part du principe que les administrations partagent toutes cette culture de la décision expresse. Sinon, si l'on considère que l'Administration est indifférente au mode de décision, alors le fait de généraliser la décision

[712] Nous pouvons d'ailleurs lire dans le rapport la phrase suivante, en gras dans l'original : « Au total, les exceptions au « silence vaut acceptation » sont plus nombreuses que les cas d'application de ce principe ». Il nous semble parfaitement étonnant de lire une telle phrase dans un rapport officiel sans que les conséquences en soient tirées à aucun moment… Comment continuer à faire référence à la règle du « silence-acceptation » par l'emploi du terme « principe », lorsque l'objet même de la phrase est de démontrer que le nombre d'exceptions est plus élevé que celui des cas d'application du prétendu « principe » ?

implicite ne s'apparente pas à un outil de pression. Si le constat selon lequel l'Administration privilégie assez largement le mode de la décision expresse peut être vérifié dans la pratique, il reste que le fait d'affirmer que changer le sens du silence impacte directement et à lui seul le comportement des administrations, sans tenir compte, par exemple, des moyens mis à disposition desdites administrations pour mener à bien leur mission semble quelque peu irréaliste, ou en tout cas hasardeux.

Mais si l'on part de ce principe, alors la justification du grand nombre d'exceptions ne tient pas. De manière très concrète, en termes de communication, annoncer un nouveau « principe » de silence-acceptation destiné à simplifier les relations entre les administrés et l'Administration tout en l'accompagnant d'un nombre d'exceptions tel qu'elles le rendent inopérant en pratique, signifie tout simplement qu'une décision implicite (quel que soit son sens) est synonyme de dysfonctionnement. Autrement, la portée des décisions concernées n'aurait aucune raison d'être prise en compte

De ce point de vue, comment peut-on alors considérer qu'un mode de décision qui traduit a priori la défaillance d'un système puisse induire une évolution positive au sein de l'Administration ? Si la décision implicite d'acceptation était véritablement perçue comme une manière d'établir une « nouvelle culture administrative qui se traduit par des réponses plus rapides »[713], alors la logique aurait voulu qu'il s'agisse d'un véritable principe, généralisé à une majorité de procédures. B. SEILLER estime d'ailleurs à ce propos que « *si le législateur et le gouvernement ont finalement réduit le nouveau principe à une portion congrue, c'est peut-être en raison des risques dont ce principe est porteur et que sa mise en œuvre ne tardera pas à mettre en lumière* »[714].

En définitive, il semblerait que la seule évolution provoquée par la réforme allant dans le sens d'une simplification est la publication par le Gouvernement d'une liste regroupant l'ensemble des procédures respectant le principe du « silence vaut acceptation ». Encore que pour considérer qu'il s'agit d'une simplification, il est nécessaire d'occulter le fait que cet effort de recensement intervient justement à la suite d'une complexification accrue du régime de la décision implicite. On pourrait difficilement imaginer cette réforme sans cette liste, preuve d'ailleurs irréfutable qu'il ne s'agit pas d'un principe.

Les mots employés dans le rapport de 2015 ne trompent pas sur le résultat mitigé de cette mise à jour d'un principe vieux de plus d'un siècle. En effet, les rapporteurs estiment que

[713] Voir : Rapport d'information n° 629, « *Le silence de l'Administration vaut acceptation* » *: Rapport d'évaluation de la loi du 12 novembre 2013*, 2015, p. 17.
[714] SEILLER (B.), *Droit administratif - L'action administrative*, t. 2, coll. Champs, Flammarion, 2018, p. 348.

« la complexité de ce système pour les citoyens ne doit toutefois pas être sous-estimée »[715] dans la mesure où il leur revient en effet, pour chaque procédure administrative, de : « déterminer l'autorité compétente pour traiter leur demande ; transmettre leur dossier à l'administration concernée, de conserver l'accusé de réception ou de le solliciter si l'administration ne l'envoie pas d'elle-même[716] ; connaître le régime applicable à sa demande et solliciter l'administration pour la délivrance d'une attestation actant la décision implicite d'acceptation »[717].

Pour illustrer la complexité de ce mécanisme – notamment la recherche du régime applicable à la demande – le rapport prend l'exemple de l'application de la réforme à un parent d'élève en montrant que pour des procédures proches, quatre cas sont parfois possibles, ce qui ne semble pas tellement simplifier la situation de l'administré, qui doit de surcroît toujours respecter les étapes rappelées ci-dessus.

Dans le cas de l'application de la réforme à un parent d'élève, le silence conservé par l'Administration vaut acceptation au bout de deux mois pour le changement d'établissement scolaire en cours de cycle de formation (art. D. 331-38 du code de l'éducation), de trois mois pour l'inscription dans une école en dehors du secteur scolaire de résidence (art. L. 131-5 du même code) mais ce même silence vaut rejet au bout de deux mois lorsqu'il s'agit de la demande visant l'admission aux classes préparatoires aux grandes écoles (art. D. 612-19 du même code), d'un délai de huit mois pour l'attribution d'un logement en cité universitaire (art. L. 822-1 du même code).

Il n'est donc pas réaliste d'imaginer qu'un administré non initié aux arcanes du droit public puisse s'y retrouver par lui-même lorsqu'il est confronté à ce genre de situations. Car s'il est à la rigueur envisageable d'aller rechercher dans les tableaux mis à disposition par le Gouvernement les cas dans lesquels le silence vaut acceptation (ce qui s'avère déjà être une prouesse en soi), il n'est en revanche pas possible de connaître les exceptions à ce principe sans aller chercher dans l'un des 45 décrets, certes classés par institutions concernées et par domaines, mais pas classés par procédures ou par Codes, ce qui aurait été infiniment plus simple.

On peut d'ailleurs émettre quelques doutes quant à la logique soutenant cette présentation des exceptions. Nous l'avons dit, le fait de parler d'exceptions induit nécessairement l'existence d'un principe, or ce principe, dès lors qu'il s'applique dans un nombre de cas moins

[715] Rapport d'information n° 629, « *Le silence de l'Administration vaut acceptation* » *: Rapport d'évaluation de la loi du 12 novembre 2013*, 2015, p. 20.
[716] Le rapport précise que l'administration doit produire un accusé de réception au titre de l'article 19 de la loi DCRA du 12 avril 2000 précitée mais ajoute qu'il arrive en pratique que cette obligation ne soit pas spontanément respectée. Ce point nous a été confirmé par Benjamin CHABERNEAUD, rapporteur public au TA de Nantes, lors de notre rencontre.
[717] Rapport d'information n° 629, « *Le silence de l'Administration vaut acceptation* » *: Rapport d'évaluation de la loi du 12 novembre 2013*, 2015, p. 20.

important que le régime d'exception[718], ne peut pas être considéré comme un principe. B. SEILLER parle d'ailleurs d'oxymoron juridique à cet égard, considérant que la réforme « p*ose un principe, dont le contenu nécessite d'être déterminé de manière limitative* »[719].

Pourquoi alors ne pas cesser de faire cette distinction « principe/exception » n'ayant – dans le contexte de la réforme – aucun sens, et simplement considérer d'un côté les cas de silence-acceptation, dans l'autre les cas de silence-rejet, en y faisant référence comme à deux pendants d'une même règle (même si nous ne considérons pas que cela soit tout à fait le cas)[720] ? Car si un tableau recensant tous les cas pour lesquels le silence conservé par l'Administration vaut acceptation a pu être réalisé, il doit pouvoir en être fait de même pour les cas dans lesquels ce silence vaut rejet. Quand bien même il s'agirait de panser une plaie béante, il s'agirait au moins d'un choix cohérent et logique au regard des effets de la réforme.

C'est d'ailleurs l'une des recommandations du rapport de 2015 visant à encourager les mesures de clarté. La création d'une liste unique des exceptions au « silence vaut acceptation », au-delà d'être opportune du point de vue de la logique de disparition du principe initial, éviterait de contraindre ceux qui cherchent l'information à se reporter aux 45 décrets listant les exceptions.

Le fait qu'il ait fallu attendre un rapport de juillet 2015 avant d'évoquer cette possibilité paraît presque surréaliste sachant que le but de la réforme est la simplification. Un simple coup d'œil aux décrets permettait de conclure à une complexité injustifiée dès le début de la mise en œuvre de la réforme en 2014 : d'un côté, un tableau recensant toutes les procédures – classées par Codes – dans lesquelles le silence-acceptation s'applique, de l'autre, une liste aléatoire de décrets recensant les cas pour lesquels le silence-rejet s'applique. Chaque décret étant disponible sur un lien qui lui est propre et présentant les procédures en fonction des institutions concernées plutôt qu'en fonction des Codes dont sont issues lesdites procédures. Ce simple changement permettrait de simplifier considérablement la recherche des procédures pour lesquelles le silence de l'Administration vaut rejet.

Suivant une logique similaire, le rapport propose l'idée un canal d'information moins formel développé en ligne qui permettrait « d'expliquer de manière moins technique l'application du principe du « *silence vaut acceptation* » et de prendre des exemples de procédures concrètes auxquelles tout citoyen pourrait se référer »[721].

---

[718] Nous avons déjà donné les chiffres, mais en termes de pourcentage, le silence-acceptation trouve à s'appliquer dans environ 33,3% des cas contre 66,6% pour le silence-rejet (donc le régime « d'exception »).
[719] SEILLER (B.), *Droit administratif - L'action administrative*, t. 2, coll. Champs, Flammarion, 2018, p. 347.
[720] Voir *supra*, p. 67 et s.
[721] Rapport d'information n° 629, « *Le silence de l'Administration vaut acceptation* » *: Rapport d'évaluation de la loi du 12 novembre 2013*, 2015, p. 20.

On notera enfin concernant les recommandations formulées par les rapporteurs, qu'il est préconisé à moyen terme, de réaliser un « audit de cette réforme dans chaque ministère afin de réduire le nombre de cas où le silence vaut encore rejet, et notamment de diminuer les exceptions *« règlementaires »* prises pour des motifs de bonne administration ».

Nous ne pouvons que saluer cette proposition dans la mesure où cela permettrait, à terme, de faire du silence-acceptation un véritable principe.

Pour terminer cette analyse du rapport de 2015, il faut mentionner le cas de l'application du « silence vaut acceptation » aux collectivités territoriales et aux organismes de sécurité sociale qui, s'ils cumulent moins de procédures soumises au régime de la décision implicite, nécessitent a priori un « accompagnement particulier », pour reprendre les mots du rapport[722].

D'après le bilan dressé par les rapporteurs, les maires appliquaient déjà en 2015 le principe du *« silence vaut acceptation »*[723] mais « uniquement lorsqu'ils agissaient en qualité de représentants de l'État – comme lorsqu'ils autorisent la tenue d'une buvette temporaire dans les foires ou fêtes publiques (art. L. 3334-2 du code de la santé publique) – et uniquement pour les décisions auxquelles ce principe s'applique ». Cette dernière phrase nous paraît étrange dans la mesure où il semble évident que le principe du silence-acceptation ne peut s'appliquer qu'aux décisions pour lesquelles il s'applique… En revanche, nous pouvons relever l'utilisation du terme *principe* pour faire référence au silence-acceptation. Dans ce contexte, il semble intéressant de le relever du fait qu'il s'agit de cas pour lesquels le silence-acceptation était déjà en vigueur avant l'intervention de la réforme et qu'il est possible de déduire de la formulation que le silence-acceptation était bel et bien le principe avant la réforme pour ce qui concerne les collectivités territoriales.

De manière générale, les collectivités territoriales et les organismes de sécurité sociale sont moins concernés par la décision implicite comme le montre l'étude menée par le rapport, qui estime à 690 le nombre de démarches administratives entrant dans le champ de la réforme, dont environ 275 pour les collectivités territoriales, ce qui représente un chiffre cinq fois moins important que les 3 600 procédures de l'État

Néanmoins, la mise en place de cette réforme nécessite des aménagements particuliers pour les collectivités territoriales ainsi que pour les organismes de sécurité sociale du fait, notamment, de la disparité de moyens (notamment en ce qui concerne l'expertise juridique dans les petites collectivités). Pour ce faire, le Conseil d'État de même que le rapport du Sénat préconisent, au nom de la bonne administration, que le Gouvernement adresse une circulaire aux

[722] Rapport d'information n° 629, « *Le silence de l'Administration vaut acceptation* » *: Rapport d'évaluation de la loi du 12 novembre 2013*, 2015, p. 21.

[723] Il faut rappeler que l'entrée en vigueur de la réforme de 2013 pour les collectivités territoriales était programmée pour 2016.

collectivités territoriales et aux organismes de sécurité sociale pour expliciter les conditions de mise en oeuvre du « *silence vaut acceptation* ». De même, des outils de communication moins formels**,** comme des *« questions/réponses »* qui pourraient être accessibles en ligne afin d'épauler les élus et les services et faciliter les démarches des usagers.

Globalement, il ressort de ce rapport un besoin non négligeable d'explicitation de la réforme et de suivi dans son application, que ce soit au niveau national ou décentralisé. Selon nous, il ne s'agit pas du signe d'une réussite du point de vue de la simplification. Il nous semble relativement logique de penser que dans le cadre d'une réforme de cette portée, ces questions de clarté et d'intelligibilité doivent être envisagées en amont et non pas découler d'un constat tardif, postérieur à l'application de la réforme en question. Il est d'ailleurs possible de se demander pourquoi le gouvernement n'a pas mis en place une expérimentation de cette réforme, comme cela est souvent le cas, avant d'officialiser son entrée en vigueur.

Si la démarche du bilan est bienvenue et permet d'avoir une vue d'ensemble tout en ayant un peu de recul sur la situation, il reste que le constat final demeure celui d'une réforme mal préparée.

Dans tous les cas, il ressort de ce qui précède que la complexité du mécanisme du silence de l'Administration n'aide certainement pas à sa bonne appréhension par les différents acteurs concernés.

B. Une quasi-régression du mécanisme de l'implicite

Les débats concernant la décision implicite ayant donné lieu au rapport soulèvent des défauts qui pourraient faire penser que la réforme de 2013 constitue un recul de la décision implicite dans son appréhension par le droit. On peut en effet lire moins d'optimisme dans la retranscription des débats que dans la forme définitive du rapport de 2015.

Hugues PORTELLI[724], co-rapporteur, relève par exemple le fait que la mesure selon laquelle le silence de l'administration vaut acceptation a été présentée au cours du débat parlementaire sur la loi du 10 novembre 2013 par un amendement du Gouvernement. Il considère, à juste titre selon nous, qu'il est discutable qu'une mesure ayant une telle portée puisse être introduite de manière aussi subreptice, d'autant plus qu'elle renverse une règle qui remonte à 1864.

Sur ce dernier point, il nous semble par ailleurs pertinent de relever le fait que ce mécanisme de la décision implicite a été plusieurs fois étendu, qu'il est maintenant « inversé », mais que jamais il n'a été *révisé*. Finalement, jusqu'à aujourd'hui, on a fait évoluer les délais et étendu le champ d'application de la décision implicite mais on ne s'est jamais intéressé à

[724] Rapport d'information n° 629, « *Le silence de l'Administration vaut acceptation* » *: Rapport d'évaluation de la loi du 12 novembre 2013*, 2015, p. 24.

remettre en cause le mécanisme dans ses fondements (ou ne serait-ce que partiellement). Pourtant il s'avère aujourd'hui que cette éventualité pourrait apparaître opportune.

En outre, M. PORTELLI soulève également la question – concernant les exceptions réglementaires – de savoir ce que comprennent concrètement les « motifs de bonne administration », justifiant ces exceptions.

De même que nous l'avons relevé, il constate également que la procédure du silence-acceptation n'est pas uniforme, du fait des délais extrêmement diversifiés et sans logique apparente, ce qui nuit largement à l'application du « principe », mais surtout que ce délai, quel qu'il soit, ne court qu'à compter du moment où l'usager a frappé à la bonne porte, ce qui peut s'avérer bien plus problématique dans la pratique que dans la théorie.

En effet, comme le relève Catherine TROENDLÉ[725], qui présidait la séance, il peut être difficile dans les petites communes de déterminer à qui transmettre le courrier.
Si cela entraîne peu de conséquences lorsque la procédure en question est soumise au silence-rejet, comme le rappelle Jean-Pierre SUEUR[726], co-rapporteur, citant l'article 20 de la loi du 12 avril 2000[727] relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations qui dispose que : « lorsqu'une demande est adressée à une autorité administrative incompétente, cette dernière doit la transmettre à l'autorité administrative compétente et en aviser l'intéressé. Le délai au terme duquel est susceptible d'intervenir une décision implicite de rejet court à compter de la date de réception de la demande par l'autorité initialement saisie », même si elle est incompétente – ce qui s'avère protecteur vis-à-vis de l'administré – ce n'est pas le cas de la décision implicite d'acceptation dont le délai ne commence à courir qu'à partir du moment où l'autorité compétente est saisie, ce qui s'avère autrement plus problématique dans les cas, comme le souligne Hugues PORTELLI[728], où la commune ne dispose pas de services administratifs capables de déterminer l'autorité compétente dans la mesure où le délai ne courra jamais.

La faille de ce mécanisme dans ce cas précis est d'autant plus exacerbée par le fait que Jean-Pierre SUEUR confirme, répondant à la question de Philippe KALTENBACH, qu'aucune sanction n'est prévue pour les cas où l'Administration ne transmet pas à l'autorité compétente[729].

[725] Rapport d'information n° 629, « *Le silence de l'Administration vaut acceptation* » *: Rapport d'évaluation de la loi du 12 novembre 2013*, 2015, p. 26.
[726] Rapport d'information n° 629, « *Le silence de l'Administration vaut acceptation* » *: Rapport d'évaluation de la loi du 12 novembre 2013*, 2015, p. 26.
[727] La disposition a été abrogée par l'ordonnance n°2015-1341 du 23 octobre 2015, qui la remplace par les articles L114-2 à L114-4 du Code des relations entre le public et l'Administration.
[728] Rapport d'information n° 629, « *Le silence de l'Administration vaut acceptation* » *: Rapport d'évaluation de la loi du 12 novembre 2013*, 2015, p. 26.
[729] Rapport d'information n° 629, « *Le silence de l'Administration vaut acceptation* » *: Rapport d'évaluation de la loi du 12 novembre 2013*, 2015, p. 26.

Potentiellement, cela signifie ni plus ni moins que les communes ne possédant pas le degré d'expertise nécessaire pour pouvoir transmettre les demandes aux autorités adéquates, commettent malgré elles un déni d'administration, mettant ainsi l'administré dans une situation plus qu'inconfortable.

De ce point de vue, il s'agit quasiment d'une régression du mécanisme de la décision implicite dans la mesure où cette fiction du silence juridique est née précisément pour pallier le déni d'administration afin que les administrés puissent se pourvoir en justice, quel que soit le comportement adopté par l'Administration à leur égard. Or, dans les réformes récentes de la décision implicite, tendant à donner une place plus importante à la décision implicite d'acceptation, le droit se heurte à une autre réalité : le principe de l'acceptation implicite – tel qu'il est conçu – présente trop de risques pour pouvoir être appliqué tel quel, c'est pourquoi il est assorti de tant d'exceptions et de règles visant à verrouiller son usage au maximum, c'est d'ailleurs là le défaut fondamental de cette réforme. Les forces en présence s'opposent et rendent inapplicable la décision implicite d'acceptation dans la majorité des cas. Le fait que la généralisation de l'acceptation implicite puisse induire un changement dans la culture administrative n'est qu'une hypothèse dont la vérification présente trop de risques. La réforme de 2013 ne montre que trop bien cette réalité et constitue selon nous un non-sens : non seulement elle n'améliore aucun domaine du mécanisme de la décision implicite mais sa plus grande faute reste qu'elle remet en cause l'utilité de la décision implicite dans son fondement même, preuve en est le retour du risque potentiel de déni d'administration, qui avait cessé d'exister après 1864.

Relativisons néanmoins cette opinion dans la mesure où il ne s'agit pour le moment que de risques théoriques. Car dans la pratique, les administrations communiquent entre elles et si l'une d'entre elle a un doute, elle se renseigne en général auprès d'une plus grande administration, ou disposant des compétences susceptibles de l'aider. Cela dit, le simple fait que le déni d'administration puisse de nouveau devenir une réalité – ne serait-ce que sur un plan théorique – est suffisant selon nous pour remettre en question la pertinence de la réforme de 2013 et démontrer les difficultés d'appréhension de la décision implicite d'acceptation en l'état actuel de notre droit public et de notre culture administrative. Ce n'est pas une réforme préparée, quoique l'on en dise, à la « va-vite » qui sera susceptible de rénover de manière pertinente un mécanisme aussi ancien, pas plus qu'elle ne fera évoluer les pratiques d'une Administration traversant les Âges, immuable.

Ainsi, pour conclure sur le bilan de l'application de la réforme de 2013, nous pouvons reprendre les mots de Catherine TROENDLÉ estimant que « la lisibilité du dispositif semble encore loin d'être parfaite »[730].

[730] Rapport d'information n° 629, « *Le silence de l'Administration vaut acceptation* » *: Rapport d'évaluation de la loi du 12 novembre 2013*, 2015, p. 25.

À cela, nous pouvons rajouter ceux de Pierre-Yves COLLOMBAT, dont le constat un peu plus acide nous semble également très pertinent compte tenu de tout ce que nous avons pu dire préalablement : « *Nous touchons aux limites de la législation à but publicitaire. Le principal problème dans la relation entre l'administration et ses administrés, c'est la clarté. [L']exposé nous montre que l'on complexifie au lieu d'améliorer : le but est manqué* »[731].

[731] Rapport d'information n° 629, « *Le silence de l'Administration vaut acceptation* » *: Rapport d'évaluation de la loi du 12 novembre 2013*, 2015, p. 25.

Section 2. Une révolution de la décision implicite manquée

L'idée de chercher à généraliser la décision implicite d'acceptation aurait pu être une initiative bienvenue si elle avait permis un quelconque gain de performance dans les secteurs concernés. Or il apparaît à la lecture de la loi et des nombreux décrets fixant les exceptions à ce silence-acceptation que les cas concrètement concernés par cette réforme sont anodins et/ou extrêmement spéciaux. Plus que l'apparent manque de concertation en amont de ce projet de loi (**§1**), c'est un réel manque de volonté qui transpire de ses lignes (**§2**).

§1. Une tentative de simplification de la décision implicite mal préparée

Sous couvert de *simplification*, la réforme de 2013 a finalement contribué à complexifier davantage un mécanisme déjà considéré comme relativement hasardeux dans sa mise en œuvre. Lorsque nous évoquons la généralisation de la décision implicite, il s'agit surtout d'une conséquence implicite de l'objectif initial de la réforme. En effet, le fait de recenser toutes les procédures soumises à un régime de décision implicite, ainsi que celles n'y étant pas soumises afin justement de les y ajouter entraîne automatiquement un effet de généralisation de la décision implicite. Le fait de savoir si cet effet était anticipé ou accidentel modifie potentiellement la portée de la réforme. Quoi qu'il en soit, il ressort de l'étude de cette réforme un manque patent de préparation, ainsi qu'en témoigne notamment l'absence d'étude d'impact de la loi de 2013 (du moins sur le point du silence de l'Administration), mais elle rend surtout compte de la mauvaise appréhension en droit français de la notion de *simplification*, dans la mesure où la réforme de 2013 constitue l'archétype de la loi qui soulève plus de difficultés qu'elle n'en résout **(A)**. De manière plus générale mais pas moins essentielle en termes de conséquences sur les difficultés d'application de la réforme, il est possible de reprocher à cette dernière de se fonder sur une distinction principe/exceptions classique mais parfaitement inopérante dans la pratique, ce qui conduit inévitablement à complexifier plutôt qu'à simplifier **(B)**.

A. La conséquence d'une conception discutable de la « simplification » en droit

En juillet 2016, le Conseil d'État a publié son rapport annuel consacré à la simplification et à la qualité du droit. Cette étude est la troisième traitant de cette problématique en vingt-cinq ans[732].

[732] Rapport public annuel du Conseil d'État, Considérations générales, De la sécurité juridique (1991) ; Rapport public annuel du Conseil d'État, Considérations générales, Sécurité juridique et complexité du droit (2006).

Rien que par ce constat, il semble relativement aisé de déduire la difficulté d'appréhender la simplification en droit français[733]. Le fait que le bilan globalement peu optimiste reste, année après année, le même renforce cette idée.

Les remèdes proposés s'avèrent souvent inefficaces, et pour cause, la plupart ne sont pas appliqués ou mal appliqués comme nous allons pouvoir l'observer par la suite. Il s'ensuit naturellement une prolifération du droit qui ne cesse de s'aggraver, entraînant une dégradation logique de la qualité du droit, portant préjudice à tout l'édifice social et étatique.

1) La nécessité urgente de simplifier le droit

Jean-Marc SAUVÉ, vice-président du Conseil d'État, le résumait en ces termes lors du colloque organisé en décembre 2016 par le Conseil d'État et la Cour des comptes sur le thème de la simplification du droit et de l'action administrative : « *En dépit de ce constat, dressé par le Conseil d'État il y a déjà plus de 25 ans, le bilan de la simplification du droit est décevant : les maux qui affectent la production et la mise en œuvre de notre droit n'ont pas été traités et ils se sont au contraire aggravés, faute de moyens efficaces et suffisants, mais aussi, et principalement, faute d'une volonté constante, claire et déterminée d'y remédier* »[734].

L'un des reproches qu'il formule d'ailleurs dans la manière d'aborder la loi aujourd'hui pourrait tout à fait être illustré par la réforme de la décision implicite de 2013. Jean-Marc SAUVÉ défend l'idée selon laquelle, au-delà des facteurs de complexité qu'il évoque plus tôt dans son discours[735], viennent s'ajouter deux autres obstacles propres à notre système administratif : « le souci d'exhaustivité et de complétude et l'esprit de symétrie de l'administration française »[736].

Assez logiquement, à mesure que la société évolue dans ce sens, il devient de plus en plus difficile pour la loi de tout régler. Pourtant, Jean-Marc SAUVÉ relève que la loi est « *symboliquement investie par nos concitoyens de la mission de tout prévoir. Plutôt que de définir des principes fondamentaux, comme en dispose sagement, dans de nombreux domaines, l'article 34 de la Constitution, et de déléguer ensuite aux normes de rang inférieur le soin de définir les conditions de leur application, le législateur conçoit et dessine trop souvent la totalité de*

[733] Sur ce point, voir également : DOUSSAN (I.) (dir.), *Les futurs du droit de l'environnement. Simplification, modernisation, régression ?*, Bruylant, 2016, 376 p.
[734] Voir : Introduction de Jean-Marc SAUVÉ lors du colloque organisé par le Conseil d'État et la Cour des comptes le 16 décembre 2016, [en ligne] https://www.conseil-etat.fr/actualites/discours-et-interventions/la-simplification-du-droit-et-de-l-action-administrative#_ftn6
[735] Notamment d'une part, la complexification de la production normative et de l'art d'écrire la norme (la légistique), fait directement lié aux nouvelles exigences liées à la hiérarchie des normes (a fortiori avec l'influence croissante du droit de l'Union européenne et des interprétations constitutionnelles en découlant), d'autre part, les évolutions technologiques, économiques et sociétales imposant à la loi d'être de plus en plus technique et enfin, le cadre budgétaire qui bride l'exécutif et le législateur dans l'exercice de leur mission normative.
[736] COMBREXELLE (J-D.), *Droit du travail : le défi français de la réforme*, Le Débat, Sept-Oct. 2016, p. 64.

l'arbre de décision ». L'une des raisons de ce comportement selon le vice-président du Conseil d'État résiderait dans la crainte, « *parfois réelle, mais souvent mythique* », du risque de l'incompétence négative.

Finalement, il est assez ironique de constater qu'après avoir passé tant de temps à ancrer dans les mœurs la valeur quasiment sacrée de la loi, autrefois réputée infaillible, on cherche aujourd'hui à effacer les effets secondaires de ce mythe, afin de pouvoir être en cohérence avec la réalité. Il faudrait aujourd'hui, idéalement, que la loi ne soit perçue par tous que comme un simple outil de cadrage au plan national et qu'elle soit totalement débarrassée des vestiges de son aura déformée ; les citoyens doivent réaliser que la loi n'est pas un instrument miraculeux affranchi des règles de la société, le législateur doit adapter sa perception à la réalité de sa mission et se défaire des mythes qu'il a lui-même créés et auxquels il persiste à se soumettre.

Il est également possible d'imaginer que le fait de cantonner la loi à l'essentiel permettrait au contraire sa revalorisation, et la maintiendrait ainsi sur son piédestal. Cependant, il nous semble que faire le choix d'une qualité accrue de la loi, notamment en ce qui concerne sa lisibilité, l'emporte sur les considérations liées à sa symbolique.

La combinaison de ces visions se traduit dans la pratique juridique par un Parlement qui adopte des dispositifs législatifs « *ambitieux, exhaustifs, mais peu lisibles et difficilement applicables* ». Jean-Marc SAUVÉ prend l'exemple de la réduction du temps de travail relevant qu'au lieu d'énoncer un principe simple – la durée légale du travail est fixée à 35 heures par semaine –, les lois dites « Aubry I » et « Aubry II »[737] ont préféré chercher à prévoir toutes les situations imaginables et à déterminer l'arborescence des règles correspondantes pour les entreprises.

Cela entraîne nécessairement une multiplication de textes et de normes venant gonfler les Codes (en l'occurrence le Code du travail), alors que la loi aurait pu se borner à énoncer un principe directeur et laisser le soin aux entreprises et aux organisations syndicales de se charger de l'application concrète de ce principe.

Ce raisonnement, même s'il s'appuie sur une situation différente de celle régie par la réforme de 2013, peut néanmoins être étendu à la décision implicite. Là où il aurait été possible d'envisager que la loi se contente simplement d'énoncer que « le silence de l'Administration maintenu pendant une durée de deux mois vaut acceptation » et de laisser ensuite le soin aux différentes administrations et organismes concernés d'effectuer un recensement au sein de leurs propres procédures, cela aurait permis d'éviter la multiplication des décrets d'exceptions. L'administré aurait pu ainsi directement, en fonction de l'Administration saisie, chercher le régime

[737] Loi n° 98-461 du 13 juin 1998 d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail, dite « Loi Aubry I » et loi n° 2000-37 du 19 janvier 2000 sur la réduction négociée de la durée du travail, dite « Loi Aubry II ».

auquel est soumise sa demande auprès de celle-ci, sans avoir à passer par la recherche dans une liste exhaustive de décrets classés aléatoirement. Certes cela ne règle pas tous les problèmes de cette réforme, mais le fait de restreindre assez largement le champ des recherches pour l'administré constitue un gain de temps significatif.

L'expression populaire « *mieux vaut trop que trop peu* » ne trouve donc pas à s'appliquer dans le cadre de la simplification du droit, qui doit tendre à aller à l'essentiel, quitte à ce que la norme édictée soit complétée plus tard. Jean-Marc SAUVÉ résume cette idée de la sorte : « *entre le risque de l'incomplétude et celui de l'exhaustivité, nous devons résolument choisir le premier à tous les étages de la République et, notamment, ici même au Conseil d'État* ». Montesquieu l'avait d'ailleurs écrit bien avant : « *le mieux est le mortel ennemi du bien* »[738].

De la même manière, tirant les enseignements de la maxime du même auteur : « les lois inutiles affaiblissent les nécessaires »[739], les pouvoirs publics ont concentré leurs efforts depuis quelques années sur la simplification normative, notamment en tentant de rendre la loi plus intelligible pour tous ceux qui y sont confrontés, qu'il s'agisse du justiciable et ou du juriste chargé de l'appliquer ou l'interpréter. C'est ainsi que l'on dénombre pas moins de dix lois de simplification du droit entre 2004 et 2015[740].

La lecture du dernier rapport en date sur le sujet de la simplification du droit[741] est édifiante lorsqu'il s'agit de comprendre les causes de la difficulté à appréhender la simplification et, surtout, les causes de l'inefficacité (ou de l'efficacité très relative) des solutions préconisées par les rapports précédents.

Déjà, il convient de débuter par un constat pouvant paraître évident mais pourtant nécessaire : aucun texte ne définit les critères de la qualité du droit. Certes il existe des critères de définition tels que l'accessibilité ou l'intelligibilité du droit, mais outre le fait que ces critères sont eux-mêmes relativement vagues, ils sont également et surtout une portion congrue de la définition. Ils ne permettent pas à eux-seuls de définir avec précision ce que comprend la qualité appliquée au droit.

---

[738] MONTESQUIEU, *Pensées*, vol. II, 1007, XIII. Par souci de rigueur intellectuelle, nous noterons néanmoins que Montesquieu, bien qu'il ait effectivement écrit cette maxime, l'avait également biffée, ce qui laisser planer un doute quant à l'évolution de son opinion sur la question.
[739] MONTESQUIEU, *Pensées*, vol. II, 1007, VI.
[740] Pour une étude complète sur le sujet, voir : BERT (D.), CHAGNY (M.), CONSTANTIN (A.) (dir.), L*a simplification du droit. Recherches à la confluence de la légistique et de la pratique*, coll. Colloques et Essais, éd. Institut Universitaire Varenne, 2015, 344 p.
[741] CONSEIL D'ÉTAT, *Simplification et qualité du droit – étude annuelle 2016*, n° 67, La Documentation française.

Comme le relève Hélène PAULIAT dans l'un de ses articles, « *la simplification, comme la qualité, revêtent un caractère variable selon les époques et la culture du pays* »[742]. Le problème posé par cette absence de définition précise réside dans la manière d'évaluer la qualité du droit, et donc par effet de ricochet, dans la manière de mesurer l'impact des mesures visant à simplifier le droit. Pour reprendre les mots de l'auteur à ce sujet, « *la mauvaise qualité du droit est difficilement mesurable et quantifiable, via des indicateurs qui feraient consensus. Et que mesure-t-on ? La norme, les effets de la norme, la perception des effets de la norme... ?* »[743]. Une seule chose est certaine, la solution ne réside pas dans la multiplication normative aveugle, ce que l'on fait pourtant.

Aujourd'hui force est de constater que la loi et le règlement sont considérés comme les remèdes à tous les maux. Légiférer et réglementer sont quasiment devenus aujourd'hui des réflexes légitimant le pouvoir en place ; la loi permet de montrer aux citoyens que les pouvoirs publics agissent et ne restent pas passifs face aux différentes situations portées à leur attention. Pire encore, « la norme ne cherche plus à modifier l'ordonnancement juridique mais à laisser une trace ; elle permet ainsi à un politique de laisser son nom à un texte »[744].

Malheureusement, à force de générer trop de normes, elles deviennent difficiles à comprendre et à articuler entre elles de façon cohérente, même pour les juristes. On ne cherche plus à régler les situations avec les moyens existants ou en laissant, comme Jean-Marc SAUVÉ le préconisait, les institutions des échelons inférieurs appliquer localement le principe général énoncé par la loi[745], faisant application d'un principe de subsidiarité. Il est d'ailleurs remarquable de relever que ce principe est employé lorsqu'il s'agit de la relation Union européenne/États-membres, mais pas vraiment lorsqu'il s'agit de l'État dans sa relation avec les échelons inférieurs.

Ce point est d'ailleurs évoqué par le Conseil d'État dans son rapport où il explique que « *l'attrait de la norme tient aussi au fait qu'elle constitue une réponse instantanée à une attente*

[742] PAULIAT (H.), *Simplification et qualité du droit : une urgence démocratique » (à propos du rapport annuel du CE pour 2016)*, JCP-A, 2016, n° 39, 732, pp. 5-7, spéc. p. 5.
[743] *Ibid.*
[744] *Ibid.*
[745] Il serait possible de critiquer cet argument en se fondant sur le fait que cela générerait un éclatement de la norme sur le territoire, ce qui ne serait a priori pas une solution non plus. Le problème que nous voyons dans cet argument cependant provient du fait que la situation actuelle est finalement pire dans la mesure où la norme est déjà éclatée à sa base, c'est la norme au niveau national qui est illisible aujourd'hui et les échelons inférieurs se retrouvent tributaires de ce maelström normatif, exacerbant la situation de manière exponentielle.

suscitée par un évènement[746]*. C'est la réaction au journal de 20 heures*[747] *ou à une crise que l'on ne parvient pas et, de plus en plus souvent, que l'on ne cherche même plus à résoudre autrement*[748]»[749].

Néanmoins, il convient de relativiser quelques points concernant l'impact d'une production normative importante sur la qualité du droit. Le fameux discours du « c'était mieux avant », que l'on entend trop souvent et à propos de tout peut également être entendu lorsque l'on s'intéresse à la production normative et à sa qualité. Malgré tous les reproches et toutes les critiques formulés à l'encontre de la loi d'aujourd'hui, est-elle de moins bonne qualité que celle d'hier ? Il est difficile de prendre position sur cette question de manière affirmative car tout dépend de l'angle duquel on se place pour observer l'évolution de la production normative. Si l'on compare les deux époques, on pourrait être tenté de répondre par la positive. Hier, les lois étaient moins nombreuses, plus durables et rendaient donc le paysage juridique plus lisible pour tous[750].

Toutefois, deux arguments peuvent – et doivent – être pris en compte pour invalider cette impression. D'une part, il semble relever du bon sens qu'il n'est pas pertinent – au regard de cette problématique – de comparer deux époques différentes. Les mœurs changent, les normes (au sens sociologique du terme) évoluent et les standards sont de ce fait différents. Les notions de quantité et de qualité sont directement et irrémédiablement liées à tous ces facteurs, les rendant incomparables sur deux périodes de temps données. Ce qui est de bonne ou de

---

[746] D'après le Conseil d'État, ce phénomène s'observe également au niveau de l'Union européenne. Le rapport s'appuie sur l'exemple de la crise des « *tax rulings* » qui a entrainé une initiative normative quasi-immédiate de la Commission européenne en 2015 (voir : le paquet annoncé par la Commission le 18 mars 2015 en matière de lutte contre l'évasion fiscale des entreprises). D'ailleurs, on peut relever à titre subsidiaire l'ironie – dans ce contexte – du terme « paquet » pour faire référence à un ensemble de normes juridiques destinées à réguler un même domaine.

[747] Guy CARCASSONNE a d'ailleurs écrit à ce sujet : « *Tout sujet d'un 'vingt heures' est virtuellement une loi* » (*Penser la loi*, Pouvoirs 3/2005 (n° 114), pp. 39-52, spéc. p. 40.

[748] Le rapport cite ici Jean CARBONNIER, qui écrivait : « *À peine apercevons-nous le mal que nous exigeons le remède ; et la loi est, en apparence, le remède instantané. Qu'un scandale éclate, qu'un accident survienne, qu'un inconvénient se découvre : la faute en est aux lacunes de la législation. Il n'y a qu'à faire une loi de plus. Et on la fait. Il faudrait beaucoup de courage à un Gouvernement pour refuser cette satisfaction de papier à son opinion publique* » (*Essais sur les lois*, Répertoire du notariat Defrénois, 1979).
On peut constater à l'occasion de cette citation que ce réflexe de légiférer pour légiférer ne date pas d'aujourd'hui, ce qui laisse dubitatif quant au degré de réelle volonté de simplification de la part des pouvoirs publics.

[749] CONSEIL D'ÉTAT, *Simplification et qualité du droit – étude annuelle 2016*, n° 67, La Documentation française, p. 50.

[750] Selon Bertrand MATHIEU, « *le recueil des lois, publié par l'Assemblée nationale, était composé de 418 pages en 1960, de 862 pages en 1975, de 1 263 pages en 1985 et d'environ 1 800 pages en 2000* » (*La loi*, Dalloz, 2e édition, 1994).

mauvaise qualité change en fonction du contexte, il en va de même pour ce qui représente beaucoup ou peu[751].

De ce fait, on pourrait penser que selon les standards d'aujourd'hui, la manière de produire de la norme juridique d'hier était de meilleure qualité, mais comme les données ne sont pas les mêmes, la comparaison apparaît impossible.

D'autre part, il existe un autre phénomène lié à la nostalgie : la mémoire sélective. En effet, nous avons tendance à ne nous souvenir que des choses positives et en l'occurrence, des « bonnes » lois, en prenant grand soin d'occulter les « mauvaises » de notre mémoire, comme si elles n'avaient jamais existé. C'est ainsi que nous avons sans cesse l'impression que tout ou presque était mieux dans des époques aujourd'hui révolues. Toutefois, s'il y avait effectivement de bonnes lois hier, il y en avait également de mauvaises. Le raisonnement inverse peut donc être tenu aujourd'hui : il y a certes de « mauvaises » lois qu'on ne manque pas de pointer du doigt dès que l'occasion se présente, mais il y en a aussi (heureusement) de « bonnes ».

Il apparaît donc important de parvenir à se détacher de la comparaison avec le passé lorsque l'on cherche à améliorer le présent. Nous ne pouvons nier que les enseignements du passé sont souvent riches et permettent d'avancer en essayant d'éviter de renouveler certaines erreurs, mais il existe tant de manières de déformer cette vision du passé qu'il ne semble pas sain de le tenir pour référent infaillible. La simplification passe selon nous d'abord par la compréhension de notre système, de ses défauts de fonctionnement mais aussi de ses qualités.

C'est également la raison pour laquelle nous sommes convaincus que le fait d'axer chaque réforme de simplification sur la réduction normative, jusqu'à finalement ce que les deux notions ne fassent plus qu'un, n'est pas nécessairement pertinent et peut même s'avérer dangereux sur le long terme.

Il est certain que l'inflation normative n'est jamais une bonne chose pour l'accessibilité du droit, mais elle n'est en revanche pas automatiquement synonyme de mauvaise qualité de la norme car ainsi que l'écrit Guy CARCASSONNE : « *les lois peuvent être nombreuses sans cesser d'être utiles* »[752]. Il prend l'exemple de la « *production modeste des premières années de la Vème République* » qui aurait « *bravé les années* » si la pertinence de la loi était effectivement inversement proportionnelle à leur fréquence[753].

[751] Il semble pertinent de relever que le premier ouvrage traitant de la légistique est celui de J. MASQUELIN et S. FREY, publié en 1953 (MASQUELIN (J.) et FREY (S.), *Légistique formelle: règles pratiques pour la rédaction des lois et arrêtés*, Courtrai UGA, 1953, 102 p.).
[752] CARCASSONNE (G.), *Penser la loi*, Pouvoirs 3/2005 (n° 114), pp. 39-52, spéc. p. 39.
[753] *Ibid.*

Inversement, « *certains gouvernements prolixes ont su donner des bases à des législations durables, dans des domaines divers, que leurs successeurs se sont bornés à pervertir, appauvrir, compliquer, sans les réformer vraiment ni réellement les enrichir* »[754].

2) Une pratique de la simplification à réformer

L'une des premières questions à se poser lorsque nous nous intéressons à la manière de simplifier le droit concerne le point de vue adopté lors de ces réformes de simplification : sur qui doit peser la complexité, et donc, par extension, qui doit bénéficier de la simplification ? L'interrogation peut sans doute laisser perplexe tant l'on serait tenté de répondre par une autre question : le but de la simplification n'est-il pas précisément de faire en sorte que la complexité disparaisse ?

Quoique la question fasse sens, la réponse à celle-ci se trouve dans son énoncé. S'il existe un besoin de simplification aujourd'hui, c'est parce que le paysage du droit est complexe, trop complexe. Et pour tous. Le problème de la simplification, c'est qu'afin de réduire la complexité du droit, il est nécessaire de faire peser cette complexité – à un moment donné – sur quelqu'un. Sur les citoyens ou sur l'Administration.

Car simplifier ne veut pas dire rendre simpliste mais rendre plus simple, cela signifie qu'il faut rendre des mécanismes ou des situations juridiques complexes, plus simples d'accès, plus intelligibles. Potentiellement, cela peut se traduire par une simplification globale, mais la plupart du temps, la complexité demeure et la simplification a pour effet de faciliter l'accès du droit à des non experts.

C'est la raison pour laquelle les réformes de simplification ayant vu le jour jusqu'à aujourd'hui sont toutes orientées vers la simplification pour les citoyens, les administrés, de sorte que c'est souvent (pour ne pas dire toujours) sur l'Administration que pèse la complexité. De ce point de vue, la réforme de 2013, du moins en ce qui concerne la décision implicite, pourrait faire figure d'exception dans la mesure où dans le discours politique, la simplification devait bénéficier aux administrés, mais dans les faits, la situation est probablement encore moins lisible qu'avant pour ces derniers, toute en ayant été largement complexifiée pour les administrations.

Globalement, il serait sans doute pertinent pour les futures tentatives de simplification juridique de porter autant d'attention à la forme de la simplification qu'à son contenu. Il ne nous semble pas réaliste d'imaginer parvenir à simplifier notre droit en prenant toujours le parti de l'administré, sans tenir compte de l'Administration et de l'impact des réformes de ce genre sur son fonctionnement. À l'image de ce qu'a fait la réforme de 2013 pour la décision implicite, il n'est pas interdit d'envisager un rôle plus actif de l'administré-citoyen dans la démarche de

[754] *Ibid.*

simplification du droit (en l'occurrence l'idée que ce soit au particulier d'aller se renseigner sur sa situation en regardant les tableaux mis à sa disposition par le Gouvernement). Même si pour ce qui concerne la réforme en question, la mise en œuvre de cette dynamique laisse à désirer.

Malgré tout, de manière concrète, les tentatives de simplification du droit jusqu'à aujourd'hui peuvent être considérées comme des échecs. Comme nous allons le voir, il y a eu des avancées encourageantes mais aucune suffisante pour pouvoir considérer qu'elle a effectivement simplifié le droit de manière satisfaisante.

Depuis quelques années, il est indéniable que l'accès au droit a été facilité par le biais notamment d'une codification plus importante – nous allons y revenir –, du développement de la procédure administrative non contentieuse et des téléservices (sans doute la plus grande réussite des dernières années en matière de modernisation administrative). Malgré tout le bilan reste décevant selon H. PAULIAT : « *le positionnement du membre du Gouvernement en charge de la simplification n'a pas été stable, pas plus que l'organisation de l'administration centrale en matière de simplification ; les initiatives ont été dispersées, sans méthode identifiée, sans procédures précises, sans cap clairement défini, sans articulation des mesures entre elles* »[755].

Concernant la codification, H. PAULIAT considère – à raison selon nous – qu'elle constitue un outil de simplification et qu'il est donc urgent de refondre les codes illisibles et de progresser en matière de codification à droit constant[756].

La codification possède néanmoins ses limites comme nous le montre le Code des relations entre le public et l'Administration en ce qui concerne la décision implicite. En effet, la création de ce Code constitue une excellente initiative de manière générale, mais en ce qui concerne le silence de l'Administration on peut regretter que seul le principe du silence-acceptation y figure, l'essentiel du mécanisme et de ses exceptions se trouvant plus ou moins en vrac sur le site *Légifrance*[757]. Les dispositions codifiées[758], au nombre de six, ne présentent que très peu d'intérêt et soulèvent donc la question de leur pertinence dans un contexte de simplification.

Il est également possible d'évoquer les dispositifs pérennes, comme l'obligation de procéder à une évaluation préalable des projets de textes, qui, s'ils existent ne sont malheureusement que trop peu souvent mis en œuvre[759].

[755] PAULIAT (H.), *Simplification et qualité du droit : une urgence démocratique » (à propos du rapport annuel du CE pour 2016)*, JCP-A, 2016, n° 39, 732, pp. 5-7, spéc. p. 5.
[756] *Ibid.*
[757] À noter que depuis la refonte du site Légifrance, les exceptions n'apparaissent plus mais sont dorénavant déduites de l'absence de résultat dans le moteur de recherche.
[758] Articles L231-1 CRPA à D231-3 ; L231-4 à L231-5 ; L231-6.
[759] Voir *infra*, p. 259 (note 797) ; p. 364.

Un autre problème que l'on peut relever dans la manière de mettre en œuvre les lois de simplification concerne les dynamiques d'impulsion de ces dernières. Aujourd'hui, malgré l'urgence caractérisant le besoin de devoir simplifier notre droit, les lois de simplification mises en œuvre contribuent trop souvent davantage à une politique de communication, comme l'illustrent parfaitement les réformes sur lesquelles nous nous sommes déjà appuyés pour mener notre réflexion, a fortiori celle qui fonde notre étude.

L'un des signes marquant le plus ce constat réside, ainsi que le relève H. PAULIAT, dans la diversité des domaines concernés par ces réformes de simplification[760]. Cela vient confirmer l'argument de l'absence de ligne de conduite clairement définie et nuit évidemment à la cohérence de ces réformes, voire même à l'idée de simplification elle-même. Chaque loi de simplification se concentre sur un ou quelques aspects du droit posant problème mais aucune ne bénéficie d'un suivi sur le long terme, et les « chantiers » entamés dans une réforme sont laissés à l'abandon au profit d'autres problématiques considérées comme plus « brûlantes » d'un point de vue politique, et ainsi de suite jusqu'à ce que les volontés de simplifier se traduisent finalement par un ajout de normes, comble du paradoxe.

L'exemple de la réforme du silence de l'Administration s'inscrit parfaitement dans cette dynamique : là où après la loi du 12 avril 2000[761] le régime de la décision implicite se traduisait juridiquement par deux dispositions (les articles 21 et 22), avec la création du CRPA, le même régime est décliné dans six dispositions[762], un tableau de recensement des cas dans lesquels le principe s'applique (qui désamorce l'intérêt des dispositions du Code dans la mesure où finalement, dans la pratique, c'est ce tableau qui est utile) et quarante-deux décrets d'exceptions.

Sans dire que la situation concernant l'application du mécanisme de la décision implicite faisant suite à l'introduction de la loi de 2000 était limpide, il apparaît néanmoins que la tentative de simplification ayant eu lieu entre 2013 et 2016 est loin d'avoir facilité la compréhension du mécanisme. Se traduisant par plus de dispositions législatives et réglementaires, et par un tableau de recensement, la réforme alourdit davantage qu'elle n'allège. Si encore le résultat permettait une meilleure lecture et utilisation de la décision implicite, cela pourrait trouver à se justifier, mais la pratique démontre a priori qu'au mieux, rien n'a changé.

Il serait sans doute possible d'arguer que dans le contexte de la loi de 2000, malgré le faible nombre de dispositions concernant le silence de l'Administration, les cas dans lesquels le principe s'appliquait et ceux soumis au régime de l'exception n'étaient pas moins nombreux

[760] PAULIAT (H.), *Simplification et qualité du droit : une urgence démocratique » (à propos du rapport annuel du CE pour 2016)*, JCP-A, 2016, n° 39, 732, pp. 5-7, spéc. p. 5.
[761] Loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations
[762] Voir loi n° 2013-1005 du 12 novembre 2013 habilitant le Gouvernement à simplifier les relations entre l'administration et les citoyens.

qu'aujourd'hui, mais qu'ils n'étaient simplement pas recensés. Cet argument quoique partiellement valide selon nous, rencontre néanmoins deux écueils : d'une part, la réforme de 2013 ne s'est pas bornée à recenser les cas, elle a également fait le choix discutable d'inverser le principe, ce qui modifie substantiellement la cohérence théorique du mécanisme de la décision implicite ; d'autre part, le fait de recenser les procédures soumises à un régime de décision implicite est indéniablement une avancée bienvenue sur le chemin de la simplification, toutefois il reste que recenser sans classer ôte quasiment tout le mérite de cet effort. Le but d'un tel recensement devrait être de rendre son résultat utilisable de manière réaliste par les personnes concernées. Or, force est de constater que si le tableau du principe est « lisible »[763], la même chose ne peut pas être dite de la liste des décrets détaillant les exceptions.

Le rapport du Conseil d'État de 2016 ne se contente évidemment pas de pointer du doigt les échecs et dysfonctionnement, il propose également des pistes de réflexions visant à améliorer la situation. On peut notamment citer la mise en place d'un conseil d'évaluation des normes[764] doté de trois collèges représentant les usagers, les entreprises et les collectivités territoriales et dont l'unique mission serait la politique de simplification. Cela permettrait de prendre en compte l'avis des destinataires de la norme, ce qui semble logique mais n'est pourtant pas le cas en pratique aujourd'hui. Nous reprochions le fait que les lois de simplification soient toujours – du point de vue politique du moins – centrées sur l'administré/le citoyen plutôt que de tenir compte des avis de tous ceux concernés par les normes dont la modification est recherchée, cette proposition nous semble donc être une proposition de bon sens qui permettrait certainement d'améliorer l'état du droit, à terme.

Le rapport s'inspire également de ce qui est fait ailleurs en Europe, notamment en Allemagne et aux Pays-Bas. Si les contextes nationaux ne sont pas toujours comparables – des contraintes spécifiques existant parfois, comme la forme fédérale de l'État –, il est toujours intéressant de s'inspirer parfois de certains modèles.

En Allemagne[765], on relève par exemple deux types de lois de simplification : les lois de « nettoyage du droit »[766] et les lois de « suppression des charges administratives »[767]. Les premières visent essentiellement à abroger les dispositions obsolètes qui ne s'appliquent plus. Les secondes sont moins nombreuses et visent comme leur nom l'indique à diminuer les charges administratives.

[763] Avec toutes les réserves que nous avons émises.
[764] CONSEIL D'ÉTAT, *Simplification et qualité du droit – étude annuelle 2016*, n° 67, La Documentation française, p. 127.
[765] *Ibid.,* p. 143.
[766] *Rechtsbereinigungsgesetze.*
[767] *Bürokratieentlastungsgestze.*

D'autres méthodes existent en Allemagne en matière de gestion des flux, notamment la méthode dite « *one in/one out* » qui prévoit que pour toute nouvelle règle créée, une ancienne doit disparaître (le mécanisme date de 2015). Un point intéressant concernant cette méthode se situe au niveau du choix de la norme devant disparaître : comme deux normes ne sont pas toujours, voire rarement, identiques en termes de contenu ou d'impact, on considère que « *la règle supprimée doit entraîner une diminution des coûts administratifs ou globaux identiques ou proches de celle créée* »[768]. D'autres pratiques existent en Allemagne visant à gérer les flux normatifs, comme la règle du silence-acceptation, sur laquelle nous reviendrons dans le dernier chapitre de cette thèse.

Enfin, le rapport du Conseil d'État pose un principe : « il ne faut recourir à la norme que lorsque tous les autres moyens pour parvenir à l'objectif envisagé ont été expertisés, débattus et écartés »[769], que l'on retrouve à peu de chose près aux Pays-Bas[770]. En effet, d'après le rapport, « les grands axes de la politique de simplification et de clarté du droit aux Pays-Bas sont les suivants : aucune réglementation ne doit être introduite avant qu'il ait été établi qu'aucune autre méthode ne peut être trouvée pour résoudre le problème auquel le Gouvernement est confronté ; aucune nouvelle réglementation ne doit être adoptée en l'absence de certitude sur la possibilité de la mettre en œuvre au regard de sa faisabilité et de ses coûts ; seules les règles qui offrent une solution proportionnée au problème et qui entraînent le moins de charges possible pour les citoyens, les entreprises et les différentes institutions doivent être adoptées ; avant que de nouvelles règles soient introduites, une étude attentive de leur nécessité doit être conduite ; les règles doivent être établies avec un coût minimum et des charges minimales, et l'évaluation de ces coûts et charges doit pouvoir être contrôlée »[771].

Il est intéressant dès lors de comparer la rigueur de ces règles avec l'absence presque totale de ligne directrice en matière de simplification en France. Sans préjuger des qualités et défauts du système néerlandais en pratique, il semble néanmoins pertinent de relever qu'il se concentre principalement sur la phase précédant l'adoption de la norme nouvelle et qu'il ne porte qu'une attention marginale à la phase de mise en œuvre de la norme. À partir du moment où la norme est prise en respectant ces règles, on considère que sa mise en œuvre est réussie si elle remplit son rôle sans alourdir pas le paysage normatif.

---

[768] CONSEIL D'ÉTAT, *Simplification et qualité du droit – étude annuelle 2016*, n° 67, La Documentation française, p. 143.
[769] CONSEIL D'ÉTAT, *Simplification et qualité du droit – étude annuelle 2016*, n° 67, La Documentation française, p. 125.
[770] CONSEIL D'ÉTAT, *Simplification et qualité du droit – étude annuelle 2016*, n° 67, La Documentation française, p. 156.
[771] CONSEIL D'ÉTAT, *Simplification et qualité du droit – étude annuelle 2016*, n° 67, La Documentation française, pp. 156-157.

Une meilleure appréhension de la simplification du droit permettra également une modernisation facilitée de l'Administration, les deux phénomènes devant avancer de pair.

Nous l'avons dit, la simplification du droit doit accentuer l'évaluation des dispositifs et contribuer à une réduction du volume et de la complexité des normes.
Les lois de simplification prises jusqu'à présent n'ont pas été inutiles, loin s'en faut. Comme le rappelle J.-M. SAUVÉ, elles ont notamment permis de moderniser des terminologies jugées incompréhensibles pour les citoyens[772], d'unifier des règles dispersées à travers plusieurs textes[773] ou de supprimer des règles devenues tout simplement inutiles[774]. Dans cette optique, créer de nouvelles normes ne nuit pas à l'objectif de simplification, au contraire.

Néanmoins, d'autres mécanismes prévus par la réforme constitutionnelle du 23 juillet 2008 comme la réalisation d'études d'impact pourrait contribuer de manière évidente à la rationalisation normative, si seulement ils étaient mis en œuvre[775]. Il est possible d'évoquer à ce propos l'article d'H. PAULIAT précédemment cité, dans lequel elle écrit que « *le champ [de l'obligation d'étude d'impact des textes législatifs] est trop étroit, l'obligation a été contournée. Les évaluations sont faites tardivement, l'étude d'impact est réalisée en fin de réflexion, pour légitimer le texte. L'étude d'impact de la loi modifiant le périmètre des régions est révélatrice. Aucune analyse sérieuse, en termes de coûts, de conséquences, d'impact sur les ressources humaines, n'a été effectuée. Le Conseil constitutionnel n'a pourtant pas retenu ce grief, alors même qu'il dénature la qualité de la norme* »[776].

Ce n'est qu'une fois simplifié que le « droit pourra se mettre au service de la modernisation de l'action publique »[777] et la simplification en particulier de la décision implicite présente selon nous des avantages importants pour la modernisation de l'action administrative.

B. La construction bancale de la réforme autour d'un principe inexistant

Nous avons déjà relevé les incohérences de la qualification de principe pour ce qui concerne le silence-acceptation, cependant lorsque l'on cherche à s'intéresser plus en détail à la notion même de *principe*, et plus particulièrement en nous appuyant sur celui qui intéresse directement notre étude, une question émerge alors : quel facteur détermine en réalité le fait

[772] Voir : ÉVEILLARD (G.), *Intelligibilité et simplification du droit*, RFDA, 2013, p. 713.
[773] *Ibid.*
[774] Jean-Marc SAUVÉ prend ici l'exemple de l'article 86 de la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures qui a supprimé la procédure de consultation du conseil général sur la création et la dissolution des syndicats intercommunaux.
[775] Voir *infra*, p. 364.
[776] PAULIAT (H.), *Simplification et qualité du droit : une urgence démocratique » (à propos du rapport annuel du CE pour 2016)*, JCP-A, 2016, n° 39, 732, pp. 5-7, spéc. p. 5.
[777] Voir : Introduction de Jean-Marc SAUVÉ lors du colloque organisé par le Conseil d'État et la Cour des comptes le 16 décembre 2016, [en ligne] https://www.conseil-etat.fr/actualites/discours-et-interventions/la-simplification-du-droit-et-de-l-action-administrative#_ftn6.

qu'une règle soit considérée ou non comme un *principe* ? Est-ce le ratio théorique principe/exception tel qu'exprimé, en l'occurrence, par les tableaux ? Ou davantage le ratio principe/exception qui se dégage de la pratique ? L'interrogation ainsi exprimée peut sembler curieuse, pourtant elle nous apparaît essentielle pour tenter de comprendre pleinement la logique derrière la qualification du mécanisme de la décision implicite.

Si l'on prend l'exemple des collectivités territoriales, on constate qu'avant la réforme, il y avait dans la pratique a priori plus de décisions soumises au régime de l'acceptation (notamment dans le domaine de l'urbanisme, mais pas uniquement), mais qu'en est-il de la théorie ? Car beaucoup de cas, qu'ils soient rangés dans les principes ou les exceptions, n'ont en réalité qu'une portée très faible et des décisions n'interviennent peut-être jamais dans certains domaines (ou alors de manière expresse). Pour donner une illustration, si l'on dit qu'il y a 1200 cas dans lesquels le principe s'applique, mais qu'il existe parallèlement 4000 exceptions, il ne s'agit pas – par définition – d'un principe, le nombre d'exceptions étant presque trois fois supérieur aux cas d'application du principe. Mais si maintenant, dans la pratique, sur ces 1200 cas d'application du principe, 1000 ont une réalité concrète et sont des procédures donnant souvent naissance à des décisions implicites, mais que sur les 4000 exceptions, seules 800 sont régulièrement rencontrées, alors il est possible de considérer que le principe est bel et bien un principe dans la pratique – et ce même si ce n'est pas le cas dans la théorie – dans la mesure où d'un point de vue concret, le nombre d'exceptions régulièrement rencontrées reste inférieur aux cas pour lesquels le principe trouve à s'appliquer.

Si le raisonnement est largement basé sur des hypothèses, il est cependant difficile de nier qu'il existe toujours – au moins potentiellement – une distinction entre le rapport principe/exceptions tel que défini par les textes et celui qui ressort de la pratique juridique. Il est certain que d'un point de vue strictement juridique, ce sont les textes qui priment en ce qui concerne la définition de ce qui relève du principe ou de l'exception.

Il est toutefois difficile de répondre de manière définitive à l'interrogation soulevée plus tôt dans la mesure où s'il est possible d'étudier les listes et les textes définissant les cas de silence-rejet et de silence-acceptation, cela devient beaucoup plus compliqué lorsque l'on souhaite effectuer une étude empirique. Dans tous les cas, il nous semble possible de considérer qu'un principe puisse exister en pratique alors même que les ratios se dégageant des textes fondant la règle ne le permettent pas.

L'exemple de la réforme du silence-acceptation appliquée aux administrations de l'État ne permet pas de vérifier cette théorie dans la mesure où la réalité du principe[778] évoqué ne se

[778] Le terme de principe est entendu ici comme la norme applicable de manière générale.

vérifie pas dans les textes et ne semble pas se vérifier dans la pratique non plus, si l'on s'en tient au bilan effectué par le Sénat en 2015[779].

Si nous devions pousser le raisonnement jusqu'au bout, ne pourrait-on pas finalement considérer que le nouveau principe n'est ni « silence vaut rejet », ni « silence vaut acceptation » mais plutôt simplement « silence vaut décision » ? Ne serait-ce pas finalement une meilleure simplification ? Car d'un point de vue psychologique, avoir l'impression qu'un silence est censé valoir acceptation du fait qu'il s'agit d'un « principe » pour ensuite devoir aller de toute façon vérifier s'il ne s'agit d'une des nombreuses exceptions (en réalité majoritaires en nombre qui plus est), complexifie inutilement la démarche.

Si le principe équivaut à dire simplement que le silence de l'Administration maintenu pendant un certain délai vaut décision, il s'agit sans doute d'une régression par rapport à la situation antérieure à 2013 dans la mesure où la fiction ne permet plus de savoir quel sens donner à cette décision, cependant il s'agirait selon nous – dans le contexte – d'une simplification. Il suffirait alors d'établir deux tableaux, un pour les cas de silence-rejet, l'autre pour les cas de silence-acceptation, construits sur le même modèle. Si la contrainte de la recherche peut être légitimement perçue, à première vue, comme une complexification plutôt qu'une simplification, nous ne pensons pas que ce soit le cas. Le fait d'imposer une nouvelle contrainte n'équivaut pas automatiquement à une complexification. En l'occurrence, la contrainte représentée par le fait de devoir faire soi-même la recherche selon le cas qui nous concerne est largement contrebalancée par le bénéfice d'avoir des listes si possible exhaustives, offrant une vision claire et pragmatique des cas concernés par l'une ou l'autre des hypothèses de silence, tant pour les administrés que pour les administrations. Plutôt que de devoir se poser de nombreuses questions concernant la matière, l'administration compétente, le fait de déterminer si la demande entre ou non dans le cas du principe, le délai de naissance de la décision implicite etc…, un seul coup d'œil aux tableaux suffirait pour répondre à toutes ces questions.

Il ne s'agit certes pas d'une solution optimale mais elle nous semble plus pertinente que la solution actuelle. La solution optimale nécessiterait de réduire de manière drastique le nombre d'exceptions, de sorte que la vérification soit simple, ce qui n'est selon nous pas réalisable.

Il est donc regrettable que la réforme de 2013 n'ait pas su profiter de ce moment pour exploiter pleinement le système de tableaux, ce qui revient quasiment à une forme de codification.

[779] Rapport d'information n° 629 (2014-2015) de MM. Hugues PORTELLI et Jean-Pierre SUEUR, fait au nom de la commission des lois, déposé le 15 juillet 2015.

§2. Une interrogation concernant la réelle volonté de généraliser la décision implicite.

La généralisation de la décision implicite apparaît être une simple conséquence de la réforme qui, afin de parvenir à réaliser son objectif de simplification, devait en passer par un effort de rationalisation par le recensement des procédures dans le but de simplifier le mécanisme **(A)**. De ce fait, la volonté du législateur de généraliser la décision implicite existe bel et bien, mais d'une manière quelque peu détournée dans la mesure où il s'agit avant tout d'une manière de « changer la culture administrative »[780], en exerçant une pression supplémentaire sur elle **(B)**.

A. Une conséquence induite par la volonté de « simplifier »

L'idée de généraliser la décision implicite, a fortiori d'acceptation, n'est pas une idée qui ressort nécessairement du discours politique à l'origine de la réforme, ni même des débats parlementaires ayant amené à l'adoption de celle-ci. Il s'agit davantage d'une conséquence induite par la réforme, et donc par la volonté de simplifier le droit.

En effet, comme il est nécessaire d'avoir une vue d'ensemble des procédures soumises au régime de la décision implicite avant de pouvoir simplifier le dispositif, le recensement apparaît indispensable. Et c'est précisément ce recensement qui donne l'impression d'une généralisation de la décision implicite. Si l'on prend l'exemple de l'évolution du nombre de cas soumis au silence acceptation, environ 400 procédures étaient concernées avant la loi de 2013 contre 1200 postérieurement à celle-ci. Cela signifie-t-il pour autant que l'on a cherché à étendre le régime de la décision implicite, en l'occurrence d'acceptation, à plus de procédures ? Sans doute pas. Cette évolution est avant tout le résultat d'un recensement qui a permis, non pas de créer de nouveaux cas, mais de mettre en lumière l'existence de procédures déjà soumises au régime de la décision implicite auparavant.

Il est cependant difficile d'affirmer avec certitude que de nouvelles procédures ne sont pas apparues néanmoins. En effet, le fait qu'un recensement des procédures soumises à un régime de décision implicite ait été effectué en vue de l'application de la réforme de 2013 peut également se traduire par le fait qu'il n'existait pas de tableaux récapitulatifs avant 2013. Dès lors, il apparaît extrêmement difficile de déterminer quelles sont les décisions qui étaient déjà soumises à un régime de décision implicite et celles qui ne l'étaient pas, celles qui étaient auparavant soumises au silence-rejet et désormais soumises au silence-acceptation et inversement. Il faudrait reprendre les décisions une par une et les replacer dans le contexte juridique ante-2013, ce qui semble sinon impossible pour certaines, extrêmement ardu en général.

[780] Rapport d'information n° 629, « *Le silence de l'Administration vaut acceptation* » *: Rapport d'évaluation de la loi du 12 novembre 2013*, 2015, p. 8.

Néanmoins, du simple fait de ce recensement – traduisant la volonté de ne laisser aucun vide juridique – il est possible de parler de généralisation de la décision implicite. Non pas nécessairement par opposition au mode de décision exprès, mais par opposition à l'absence d'identification exhaustive des procédures soumises au régime de la décision implicite. La généralisation de la décision implicite se traduit notamment par le fait que son principe s'applique à toutes « demandes et réclamations, y compris les recours gracieux ou hiérarchiques adressés à l'administration » (art. L110-1 CRPA). Comme le souligne B. CLAVERIE, cela signifie également qu'un « *candidat évincé à un marché qui en solliciterait la résiliation (acte détachable du contrat) obtiendrait une décision tacite, sa demande étant une réclamation au sens de l'article L 231-1 CRPA, le silence valant alors rejet, en application de la dérogation visant les réclamations (Rép. min. Intérieur : JO Sénat Q 6 mars 2014, p. 585)* »[781].

De ce point de vue, il paraît sans doute intéressant de s'interroger sur la pertinence de cette tentative de généralisation et de sa mise œuvre dans un contexte de simplification juridique. En effet, si la conséquence d'un recensement est souvent celle d'une meilleure lisibilité (et donc de simplification), la question mérite également d'être posée dans le cas qui nous intéresse.

Selon nous, il apparaît que le fait de généraliser un mécanisme qui n'est pas maîtrisé, ni par le droit, ni par les acteurs concernés, semble être une approche discutable de la simplification de l'état du droit. Il faudrait sans doute davantage s'intéresser à la refonte du mécanisme de la décision implicite qu'à sa généralisation alors que son fonctionnement est encore obscur pour beaucoup[782].

Quoi qu'il en soit, la généralisation de la décision implicite passe avant tout par l'appréhension du mécanisme. Dans les faits, cela signifie plusieurs choses[783]. Dans un premier temps, il est nécessaire d'être capable de déterminer les demandes à l'origine de décisions tacites. Si cela semble logique et évident, nous allons d'ores et déjà voir que cette simplicité pouvait être assez largement relativisée par la diversité des sources établissant le principe et ses exceptions.

La généralisation trouve d'abord sa limite dans les relations entre personnes publiques, où la décision implicite ne s'applique pas, ainsi que dans les relations entre l'Administration et les personnes privées chargées de l'exécution d'une mission de service public, lorsqu'est en cause l'exercice de cette mission.

La décision implicite se trouve également étendue du fait de la variété des supports possibles de la demande à son origine. Le phénomène ne date pas de la réforme de 2013 mais

[781] CLAVERIE (B.), *Généralisation du principe silence vaut acceptation*, JCP A 2015, n° 49, 2357, p. 1.
[782] Nous nous intéresserons aux pistes potentielles de réforme du mécanisme dans le dernier chapitre de cette thèse. Voir infra, p. 372 et s.
[783] CLAVERIE (B.), *loc. cit.*

le passage au numérique dans la plupart des administrations accentue cette variété, notamment avec le recours au mail, en plus du courrier traditionnel. Mme CLAVERIE soulève d'ailleurs la question intéressante de savoir si une demande orale « *formalisée dans un compte rendu ou exprimée de manière imprécise dans un courrier pourrait créer des droits* »[784].

Ensuite, la généralisation de la décision implicite entraîne une conséquence semblant à nouveau relever de l'évidence : la nécessité de maîtriser les délais d'acquisition d'une décision tacite. Un autre défi qui semble avoir été rendu plus difficile par la réforme de 2013.

Comme nous avons pu le voir, si le délai nécessaire à la naissance d'une décision tacite est en principe de 2 mois, le nombre de dérogations à ce délai-type rend la tâche autrement plus ardue.

Première difficulté, le délai est décompté différemment selon que l'on soit en présence d'une décision d'acceptation ou de rejet.

Pour les décisions implicites d'acceptation, le délai commence à courir à partir de la notification par l'usager de la demande à l'administration compétente, alors que pour une décision de rejet, la saisine d'une administration même incompétente fait courir le délai de naissance de la décision tacite.

Alternativement, le délai à l'expiration duquel naît une décision implicite d'acceptation commence à courir, le cas échéant, à partir de la transmission par l'usager des pièces manquantes en cas de demande de pièces complémentaires, alors que pour les décisions de rejet, le délai est simplement suspendu pendant le délai imparti pour produire les pièces.

Nous l'avons déjà évoqué précédemment, mais la généralisation de la décision implicite nécessite aujourd'hui, ainsi que le relève également B. CLAVERIE, une « *optimisation des circuits internes de diffusion des courriers aux services, de leur traçabilité* »[785], de la même manière qu'il convient « *d'y sensibiliser les élus* »[786] en ce qui concerne les collectivités territoriales. Étant donné l'importance croissante de la décision implicite, a fortiori d'acceptation, ne serait-ce que dans le paysage politique, il convient d'accompagner cette généralisation de mesures permettant de la rendre réaliste d'un point de vue pratique.

Une autre difficulté concerne l'appréhension des dérogations au principe. C'est sans doute sur ce point que la généralisation de la décision implicite est la moins lisible. Cependant, il faut distinguer entre l'application du principe aux administrations de l'État et son application aux collectivités territoriales. En effet, il apparaît qu'en ce qui concerne les collectivités territoriales, les dérogations, de nature légale et réglementaire, sont finalement peu nombreuses.

---

[784] *Ibid.*
[785] CLAVERIE (B.), *Généralisation du principe silence vaut acceptation*, JCP A 2015, n° 49, 2357, p. 2.
[786] *Ibid*.

B. CLAVERIE considère qu'en outre, « *le silence valant par principe acceptation, le juge interprétera toujours strictement les dérogations en cas de litige* »[787], ce que nous remettons cependant en question. Le terme de « principe » étant utilisé de manière très aléatoire dans les débats autour de la décision implicite et s'avérant erroné si l'on s'en tient à la définition juridique, il est peu probable que le juge administratif lui donne une portée aussi importante que celle suggérée par l'auteur. Il est d'ailleurs plus probable que le juge ne considère par le silence-acceptation comme un principe et procède à un arbitrage « équitable » entre silence-acceptation et silence-rejet en cas de litige. Tout cela reste cependant difficile à dire.

Pour poursuivre le raisonnement, la méthode conseillée par l'auteur pour vérifier le régime applicable consiste « *à s'assurer que la demande ne s'inscrit dans aucune dérogation, légale ou réglementaire. En ce cas, elle vaut acceptation, qu'elle figure ou non dans la liste publiée par le Gouvernement* »[788]. Si, au regard de la situation des collectivités territoriales, le conseil est parfaitement cohérent, la logique – pour les mêmes raisons que nous évoquons plus haut – semble bancale. Compte tenu de la portée juridique d'une décision implicite d'acceptation, et malgré, il est vrai, la volonté du Gouvernement de revoir à terme la liste des dérogations dans le sens de leur limitation, considérer de manière certaine qu'une demande est soumise au silence-acceptation quand elle ne figure ni sur les listes de dérogations, ni dans les tableaux recensant les cas d'application du principe, sous prétexte qu'il s'agit d'un « principe » nous semble hautement improbable. Car si la démarche paraît logique, le risque qu'elle fait peser sur la sécurité juridique semble trop important pour pouvoir être négligé par l'effet de cet argument.

Indirectement, en donnant plus de visibilité à la décision implicite, la réforme oblige également à rationaliser les manières d'organiser l'instruction les demandes. Ainsi, comme le relève B. CLAVERIE, « *chaque instructeur doit être en mesure de maîtriser les effets juridiques des demandes et de déterminer l'administration compétente pour adapter l'instruction en conséquence* »[789].

En effet, si la contrainte n'est pas nouvelle, elle est néanmoins accentuée par la volonté de généraliser la décision implicite, a fortiori d'acceptation. Car si une demande est susceptible de faire naître une décision tacite d'acceptation, l'instruction devra nécessairement être finalisée avant le délai d'intervention de la décision tacite.

Cela peut sembler logique dans la mesure où toute demande doit faire l'objet d'une instruction afin de faire naître une décision, quelle que soit sa nature. Toutefois, s'agissant

[787] *Ibid*.
[788] *Ibid*.
[789] CLAVERIE (B.), *Généralisation du principe silence vaut acceptation*, JCP A 2015, n° 49, 2357, p. 2.

d'une décision implicite, cette instruction est théoriquement « forcée » en ce sens que le mécanisme ne répond pas aux règles classiques de la prise de décision ; la décision intervient quoiqu'il arrive, et contrairement à la décision expresse, l'instruction peut être accidentellement esquivée. Pour reprendre l'explication donnée par B. CLAVERIE : « *En laissant courir le délai, l'Administration pourrait involontairement faire naître une décision sans avoir eu le temps de mener les consultations le cas échéant obligatoires (légales ou auto-imposées par la collectivité) et se voir reprocher un vice de procédure par un tiers poursuivant l'annulation de la décision* »[790]. Il importe donc de revoir les procédures d'instruction dans le cadre des décisions implicites pour réduire le nombre de décisions illégales, ou du moins accidentelles.

Nous l'avons déjà vu, mais en ce qui concerne la décision implicite de rejet, même si la problématique existe aussi, elle emporte moins de conséquences dans la mesure où la décision ne modifie pas l'ordonnancement juridique et donc ne crée jamais de droits acquis.

Cependant, nous émettons une réserve sur l'argument avancé sur l'instruction des décisions implicites. Si les règles d'instruction des demandes susceptibles de donner lieu à une décision implicite doivent être maîtrisées, il en va de même pour toutes les décisions, y compris expresses. Toute demande doit nécessairement être instruite pour pouvoir donner lieu à une décision, le fait qu'il existe un risque (ou une possibilité selon le point de vue) d'implicite ne change fondamentalement rien à cette obligation. À la base, la décision implicite existe pour sanctionner le silence de l'Administration et prévenir le déni d'administration et donc l'impossibilité de saisir un juge pour l'administré. L'instruction de chaque demande est donc censée être automatique et l'implicite, un garde-fou.
Néanmoins, il est possible d'imaginer éventuellement que le fait de généraliser la décision implicite et de lui donner une importance nouvelle puisse avoir un impact sur le traitement général des demandes – dans le sens d'une amélioration de la célérité – du fait de la pression liée au risque d'implicite, assimilé à l'erreur. Sous l'effet hypothétique de cette pression, si les manières d'instruire sont « remises à plat » et rationalisées, alors il devient possible d'envisager des délais de réponse exprès plus courts. Nous considérons cependant qu'il existe trop d'inconnues et d'aléas dans cette hypothèse pour qu'elle soit crédible.

La généralisation de la décision implicite et notamment de la décision implicite d'acceptation impose donc sinon de réorganiser les manières de traiter les demandes, au moins de mettre l'accent sur les procédures particulières du traitement des demandes pouvant donner lieu à des décisions implicites dans la mesure où l'implicite n'emporte par les mêmes conséquences que les décisions expresses.

[790] CLAVERIE (B.), *Généralisation du principe silence vaut acceptation*, JCP A 2015, n° 49, 2357, p. 2.

B. Une volonté réelle mais déformée par l'objectif de la réforme

Au-delà de l'effet collatéral que nous avons évoqué précédemment, il est possible de considérer qu'il existe dans la réforme de 2013 une véritable volonté d'élargir le champ d'application du mode de la décision implicite, mais pas en ce qu'il peut potentiellement constituer un moyen efficace de modernisation de l'action administrative.

La logique employée pour justifier ce bouleversement d'un mécanisme centenaire paraît quelque peu discutable. Il est en effet possible de lire dans le rapport du Sénat, à plusieurs reprises, que la réussite de la réforme de 2013 est largement dépendante de la capacité de l'Administration à faire évoluer sa culture, dans la mesure où la mise en avant du silence-acceptation implique un tel changement pour pouvoir s'ancrer.

Ainsi, les rapporteurs considèrent que « *l'appropriation de ces outils ne s'annonce pas aisée au regard des évolutions de la culture administrative qu'ils impliquent* »[791]. Le problème étant que cette nécessité se heurte à un obstacle de taille : le fait qu'elle « *revient sur une pratique du "silence vaut rejet" ancrée dans la culture administrative depuis le milieu du XIXème siècle* »[792]. De ce fait, la mesure du silence-acceptation constitue celle de la loi de 2013 « *la plus complexe à mettre en œuvre car elle concerne de nombreuses procédures et implique une profonde évolution de la culture administrative* »[793].

L'explication de cette évolution nous semble toutefois assez bancale. En effet, selon le rapport du Sénat, cette évolution de la culture administrative se traduit par des réponses plus rapides[794]. La justification avancée est la suivante : « *l'administration doit en effet veiller à répondre dans les délais impartis afin d'éviter toute acceptation implicite inopportune – voire illégale – d'une demande d'un administré* »[795].

La réforme, de manière volontaire ou malgré elle, aurait donc pour effet de forcer l'Administration à répondre de manière expresse pour éviter d'octroyer des droits à des administrés qui ne répondent pas aux conditions. La démarche semble naïve et dangereuse, car au-delà d'être un raccourci un peu trop simple, elle semble sous-entendre qu'il s'agit de l'un des objectifs de la réforme, donc calculé, même si l'on peut imaginer qu'il puisse s'agir d'un effet pervers. Or, nous ne pensons pas prendre trop de risque à douter de la qualité de la préparation de cette réforme, en tout cas en ce qu'elle concerne la décision implicite. Un indicateur éloquent reste celui du recensement des procédures concernées par ce bouleversement, débuté plus ou

[791] Rapport d'information n° 629, « *Le silence de l'Administration vaut acceptation* » *: Rapport d'évaluation de la loi du 12 novembre 2013*, 2015, p. 8.
[792] *Ibid.*
[793] Rapport d'information n° 629, « *Le silence de l'Administration vaut acceptation* » *: Rapport d'évaluation de la loi du 12 novembre 2013*, 2015, p. 16.
[794] Rapport d'information n° 629, « *Le silence de l'Administration vaut acceptation* » *: Rapport d'évaluation de la loi du 12 novembre 2013*, 2015, p. 17.
[795] *Ibid.*

moins au même moment que l'application de la réforme et s'étant poursuivi pendant la mise en œuvre. Comment une telle réforme aurait-elle pu prévoir les conséquences du changement du sens du silence de l'Administration sur l'évolution de celle-ci, sans avoir préalablement connaissance de la masse des procédures concernées ?

Conclusion de chapitre

Nous serions tentés, à l'issue de la réflexion menée au long de ce chapitre, de penser que la réforme de 2013 constitue globalement une perte de cohérence de la décision implicite. Pour préciser (et nuancer) cette pensée, nous considérons plutôt que la réforme joue objectivement son rôle de simplification en permettant de soumettre à la règle du silence-acceptation toutes les décisions – nombreuses en volume – dont les effets restent relativement anodins au regard de l'intérêt général, ce qui représente en effet une solution plus efficiente que la règle antérieure, et ce dans le but que les administrations puissent se concentrer sur les dossiers nécessitant une étude plus importante. Cependant, la pratique nous montre une réalité toute autre.

D'une part, il existe un manque de lisibilité et d'anticipation quant aux effets de la réforme ; la loi et les décrets sont assez difficiles d'accès dans la mesure où, malgré leur regroupement sur le site *Légifrance*, il est nécessaire pour l'administré de faire lui-même la recherche du cas qui le concerne. Cela peut sembler insignifiant mais pourtant, même pour un initié, cette recherche se trouve être fastidieuse, alors lorsqu'il s'agit d'un néophyte on s'imagine que la difficulté est encore accrue.

En outre, il ne semble pas y avoir de cohérence dans la classification sinon que les cas de silence-acceptation ont été classés par Code (ou par matière juridique). Si cela peut sembler logique, il reste que les délais ne sont quant à eux pas unifiés ce qui entraîne en conséquence une recherche au cas par cas ; il peut tout à fait y avoir au sein de la même matière un délai de 1 mois ou bien de 1 an.

D'autre part, la réforme généralise la décision implicite de manière assez discutable en cela qu'elle semble accentuer sa dimension « sanction » en mettant en avant la décision implicite d'acceptation, ajoutant donc une pression supplémentaire sur l'Administration qui voit sa marge d'erreur se réduire considérablement.

La simplification évoquée pourrait avoir une portée bien plus essentielle que de seulement mettre un peu d'ordre (ou de désordre selon le point de vue que l'on adopte) au sein de la répartition entre silence-rejet et silence-acceptation.

Faire de la décision implicite le point d'ancrage d'une réforme de simplification et de modernisation de l'action administrative est selon nous tout à fait légitime, encore faut-il prendre en compte le fait que ce mode de décision reste « secondaire » lorsqu'on le compare à celui de la décision expresse, ce qui appelle dès lors le constat suivant : il ne peut y avoir de réelle simplification que lorsque la décision implicite sera parfaitement appréhendée par notre droit et pourra dès lors ne serait-ce que prétendre pouvoir remplacer la décision explicite.

Cette réforme a néanmoins le mérite de rappeler l'existence de la décision implicite et de la mettre au cœur des débats autour de la simplification administrative. Il apparaît donc nécessaire désormais de se saisir de cette opportunité pour aller plus loin.

Chapitre 2. La difficile évolution du silence forcée par la réforme

Au-delà d'une simple réforme sur le sens du silence de l'Administration, il est possible de considérer que les conséquences de la loi de 2013 s'étendent à la forme de l'Administration elle-même et a un impact sur ses fondements. L'étude de la décision implicite et de son évolution conceptuelle jusqu'à aujourd'hui semble confirmer un changement dans la manière de concevoir notamment l'intérêt général, allant potentiellement jusqu'à remettre sa place en question au sein des valeurs administratives **(Section 1)**. Toutefois, l'étude de la théorie aussi bien que l'observation de la pratique tend à démontrer l'existence d'une culture administrative française qui apparaît avoir des difficultés à évoluer dans le même sens que celui induit par la réforme **(Section 2)**. Il convient alors d'étudier ce phénomène afin de de le comprendre et de chercher à le dépasser. Ce faisant, le silence-acceptation pourra alors apparaître comme l'outil de modernisation de l'Administration qu'il est en puissance.

Section 1. La remise en question de la place de l'intérêt général dans les fondements de l'Administration par l'évolution du silence

Au-delà des considérations déjà évoquées, la réforme de 2013 se fait l'ombre d'une évolution beaucoup plus discutable. La raison d'être de l'Administration repose presque entièrement sur la notion d'intérêt général, du moins en ce qui concerne sa dimension active, or il est intéressant de constater que la volonté affichée de se diriger vers une extension du champ d'application de la décision implicite d'acceptation semble remettre en question ce fondement ; en modifiant le sens du silence, la relation administration/administrés le change également en plaçant potentiellement la situation individuelle au-dessus de l'intérêt général **(§1)**. Cela peut alors signifier deux choses : soit le signe naissant d'un changement de paradigme à venir dans les fondements de l'Administration, soit l'amorce d'une conception anglo-saxonne de l'intérêt général, à savoir la somme des intérêts particuliers **(§2)**.

§1. La prévalence donnée implicitement à l'intérêt des particuliers.

S'il ne s'agit pas ici de démontrer que l'intérêt général n'est plus au cœur de l'action administrative (ce qui s'avérerait faux), il demeure néanmoins primordial de s'intéresser de près à ce phénomène, de plus en plus prononcé, de priorisation des intérêts privés (ou particuliers) dans notre société et dont la réforme de la décision implicite vient donner un nouvel exemple. Car si intérêts privés et intérêt général ne sont pas intrinsèquement contradictoires[796], reste que cette apparente primauté de l'intérêt privé sur l'intérêt général n'est pas anodine et nécessite de s'attarder autant sur les causes de ce phénomène que sur ses conséquences. En ce qui concerne particulièrement la décision implicite, il est possible de déceler dans le vocable

[796] TRUCHET (D.), *Conclusion : L'intérêt général demeure-t-il une exception française ?*, in *L'intérêt général dans les pays de Common Law et de droit écrit,* dir. G. GUGLIELMI, éd. Panthéon Assas, 2017, p. 212.

utilisé dans le cadre de la réforme de 2013 des signes de cette mutation **(A)**, la question demeurant de savoir si la démarche est volontaire ou non **(B)**.

A. Les conséquences juridiques du vocabulaire employé dans le cadre de la réforme

Dans son discours lors de la conférence de presse du 16 mai 2013, le Président François Hollande avait annoncé : « *Pour les particuliers, je propose une forme de révolution. Dans de nombreux domaines, pas tous, le silence de l'administration vaudra désormais autorisation et non plus rejet* ».
D'un point de vue politique, les mots choisis ne sont évidemment pas anodins. Emportent-ils pour autant directement des conséquences en droit positif ? Pas nécessairement. Cela étant ces mots n'étant pas choisis au hasard, ils reflètent néanmoins une certaine vision de l'Administration qu'il apparaît intéressant d'étudier de plus près.

Dans un premier temps, il convient de remarquer que la réforme est prévue – d'après les mots de François Hollande – pour les administrés. Cela signifie déjà que le but de la réforme du sens du silence de l'Administration est d'améliorer le confort des individus soumis à l'autorité administrative. Il est bon de noter que dans la mesure où cette réforme a été annoncée dans le cadre d'un « choc de simplification », l'approche proposée est cohérente. Il est néanmoins dommage d'envisager ce choc de simplification de manière asymétrique ; il aurait été intéressant d'adopter un point de vue davantage équilibré en évoquant aussi l'aspect de la modernisation administrative et non pas uniquement la situation des administrés.

Mettre ainsi l'accent sur la situation de l'administré, c'est indirectement placer ce dernier au-dessus de l'Administration. Si nous traduisons en termes juridiques la formule employée par le président de la République, on admet d'une certaine manière la primauté des intérêts particuliers (ou privés) sur l'intérêt général. Car s'il est vrai que les deux notions ne sont pas antinomiques, il est également faux de considérer qu'elles sont sans lien l'une avec l'autre. Selon nous, une décision administrative doit avoir pour but de protéger, ou en tout cas d'être en accord avec l'intérêt général. La satisfaction d'un intérêt privé ou non n'est finalement qu'un corollaire ; l'Administration ne doit pas raisonner en termes d'intérêts privés mais uniquement en termes d'intérêt général.

Sans pour autant complètement remettre ce fait en question, l'inversion du principe annoncé par la réforme de 2013 modifie partiellement au moins cette logique. En effet, le mécanisme de la décision implicite a été pensé comme un mécanisme passif, c'est-à-dire qu'en théorie il s'agit à l'origine simplement d'un garde-fou en cas d'inaction de l'Administration. Sauf que « par défaut », ce mécanisme est basé sur la protection de l'intérêt général. Or, avec la réforme de 2013, la passivité de l'Administration peut amener à octroyer de nouveaux droits

à des administrés, on observe alors un mécanisme non plus fondé exclusivement sur la protection de l'intérêt général mais potentiellement sur la satisfaction d'un intérêt particulier. Cette inversion des priorités vient donc brouiller les pistes concernant la place de l'intérêt général en tant que fondement de l'Administration et pose la question de sa mutation.

Le problème de cette asymétrie réside dans le fait que, lorsque le silence de l'Administration vaut rejet, l'intérêt général est protégé quoiqu'il arrive par le simple fait que l'ordonnancement juridique n'est pas altéré, la question de la satisfaction ou non de l'intérêt particulier ne se pose même pas et cela est cohérent aussi bien avec la logique française d'intérêt général comme notion fondatrice de l'Administration qu'avec l'objectif initial de la décision implicite. En revanche, lorsque le silence vaut acceptation, et donc que l'intérêt particulier en cause prime sur l'intérêt général (ce qui ne pose pas de problème en soi), la question de la conformité de cet intérêt privé à l'intérêt général n'est jamais posée, ce qui peut hypothétiquement aboutir à une décision implicite d'acceptation nuisant à l'intérêt général.

Il faut néanmoins veiller à ne pas extrapoler les conséquences de cette asymétrie dans la mesure où les cas de silence-acceptation sont limitativement énumérés par la loi et les décrets, donc juridiquement encadrés, et que l'intérêt général n'est jamais mis en péril par de telles décisions dans la pratique. Du moins pas tant que le silence-acceptation n'est pas généralisé à l'ensemble des procédures administratives, ce qui semble difficile à imaginer.

L'intérêt de la précédente réflexion n'est toutefois pas nul dans la mesure où l'accent mis par la réforme sur les intérêts particuliers demeure une réalité relativement dérangeante du point de vue de notre droit public, de surcroît dans la mesure où elle ne semble pas réellement justifiée (autrement que de manière politique).

Dans un second temps, il nous semble que revenir sur l'emploi du terme « révolution » soit également pertinent, notamment parce qu'il fait écho à l'inversion d'un « principe » juridique.
Nous n'allons pas nous attarder ici sur la pertinence du terme au regard de ses implications juridiques, mais plutôt nous intéresser à sa portée sémantique.
La définition du terme « révolution » donnée par le dictionnaire Larousse est la suivante : « Changement brusque d'ordre économique, moral, culturel, qui se produit dans une société ». Appliquée à notre sujet, cela signifie a priori que la réforme de la décision implicite présente les caractéristiques d'un changement brusque.

Afin de ne pas perdre trop de temps en détails futiles, nous pouvons d'ores et déjà considérer que cette réforme ne présente les traits d'une révolution que de très loin. Du moins si

l'on se place du point de vue de la simplification des procédures administratives dans la mesure où dans le meilleur des cas, l'inversion du silence-rejet n'impacte pas les administrations concernées par ce changement.
Toutefois, une révolution n'est pas nécessairement unidimensionnelle et peut entraîner des conséquences ailleurs que là où on les attend. C'est selon nous le cas avec la réforme de la décision implicite, qui n'atteint a priori pas son objectif officiel[797] mais qui a permis d'autres transformations en servant de levier[798] et qui – malgré elle ou non – met en lumière une mutation de l'intérêt général en droit public français.

Enfin, de manière encore plus concrète, nous pouvons nous tourner vers la loi elle-même afin de constater la volonté du législateur concernant cette problématique de l'intérêt général. L'intérêt général n'est évidemment pas directement mentionné dans la loi ni dans les travaux préparatoires[799], cela étant, il semble que la question n'ait pas du tout été envisagée (qu'il s'agisse des débats parlementaires ou de l'exposé des motifs de la loi).

Si cela ne constitue aucunement une lacune selon nous en raison de l'approche essentiellement pragmatique d'un tel travail de préparation de projet de loi[800], il est en revanche plus curieux de constater que la réflexion est également absente des articles de doctrine traitant du sujet – à l'exception de B. SEILLER[801] – et ce peu importe leur ancienneté relativement à l'entrée en vigueur de la réforme.

Certes, il ne s'agit sans doute pas du point central de la réforme, mais il nous semble tout de même primordial de ne serait-ce qu'évoquer ce phénomène. Si l'inversion du silence-rejet n'est pas par elle-même le déclencheur d'une telle mutation de l'intérêt général, elle s'insère néanmoins dans ce mouvement qui tend, nous allons en voir quelques illustrations, à devenir une réalité de plus en plus palpable dans notre droit public.

[797] Nous aurons l'occasion de revenir sur ce point en détail au cours du reste de ce travail de recherche.
[798] Lors de notre entretien à la DEVU de Nantes, nous avons pu apprendre que la réforme sur le silence de l'Administration n'avait effectivement pas entrainé de conséquences importantes sur l'organisation et le fonctionnement du service, mais que le fait d'avoir une réforme à appliquer avait permis de revoir certains processus en interne. La réforme entraîne donc un mouvement qui permet de « dépoussiérer » les méthodes de travail et d'impulser certaines initiatives en interne.
[799] La loi étant elle-même l'expression de l'intérêt général, sa prise en compte est inhérente à la loi.
[800] Il est d'ailleurs remarquable que l'étude d'impact ayant été présentée le 29 avril 2013 pour le projet de loi habilitant le Gouvernement à simplifier les relations entre l'administration et les citoyens, ne mentionne pas du tout la décision implicite et le choix d'inverser le principe en faveur du silence-acceptation.
[801] SEILLER (B.), *Quand les exceptions infirment (heureusement) la règle : le sens du silence de l'administration*, RFDA 2014, p. 35.

La réforme de la décision implicite n'est sans doute pas intervenue complètement par hasard, sur un simple « caprice » politique, ce que l'on pourrait être tenté de croire de prime abord[802].

Il est d'ailleurs possible de constater que la loi de 2013 s'intitule loi « habilitant le Gouvernement à simplifier les relations entre l'administration et les citoyens ». Si cela peut paraître d'abord anodin dans la mesure où ce thème de simplification est récurrent depuis les années 80, il y a pourtant déjà une différence avec l'intitulé de la loi qu'elle vient mettre à jour, la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000, intitulée loi « relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations ». Alors que la plus récente des deux lois semble finalement adopter une tournure plus neutre que la plus ancienne, c'est tout de même bien l'administré qui se retrouve « favorisé », en théorie du moins. S'il n'existe pas de contradiction, la loi de 2013 semble en quelque sorte ajouter un droit, celui à une réponse positive en principe.

En effet, dans son **I.**, la loi de 2013 pose le principe selon lequel « *le silence gardé pendant deux mois par l'autorité administrative sur une demande vaut décision d'acceptation* ». Cela paraît déjà être en faveur de l'administré plutôt que de l'Administration. Ce sentiment est accentué par le **5°** de ce **I.**, qui vient poser les exceptions générales à ce principe, disposant que celui-ci n'est pas applicable « *dans les relations entre les autorités administratives et leurs agents* ».

Le législateur exprime donc ainsi clairement que le principe du silence-acceptation a vocation à bénéficier exclusivement aux citoyens.

Au-delà du fait que la pratique ne donne pas nécessairement raison à cette conclusion, il reste intéressant – pour ne pas dire curieux – de constater que d'un point de vue politique, la simplification de la relation entre Administration et administrés semble devoir passer par l'amélioration de la situation des administrés, plutôt que de s'intéresser au fonctionnement de l'Administration à proprement parler.

Le fait de mettre l'accent sur le point de vue de l'administré semble globalement caractériser l'idée de réforme administrative en France, et vient exacerber le sentiment de mutation de l'intérêt général vers une conception plus individualiste. Sans doute s'agit-il du spectre du passé, caractérisé par la situation fortement inégalitaire des relations entre Administration et administrés et l'absence de transparence de l'Administration ayant existé pendant longtemps[803].

---

[802] B. SEILLER écrit d'ailleurs à ce propos que : « *L'adoption sans réflexion d'une réforme aussi importante est symbolique de la façon dont la simplification du droit est perçue par les autorités politiques : ces textes sont considérés comme de pur affichage et dépourvus d'enjeux réels. Ils relèvent du marketing juridique sinon politique. D'où un relatif désintérêt de la part des parlementaires et une adoption dans une évidente indifférence, à la faveur d'un consensus mou* ». Voir : SEILLER (B.), *op. cit.*, p. 37.

[803] Voir par exemple : CHAPUS (R.), *Droit administratif général*, Tome 1, Montchrestien, 15ème éd., 2001, 247 et s. ; TRUCHET (D.), *Droit administratif*, PUF, 8ème éd., 2019, pp. 87-110 ; THUILLIER (G.), *Histoire de l'administration française*, PUF, coll. Que sais-je ?, 1994, 128 p.

B. Une réforme du silence aux objectifs ambigus

La question qui demeure alors est de savoir si cette transformation est voulue. En effet, lorsque l'on compare la réforme de 2013 à d'autres réformes ayant pour ambition affichée de « simplifier » les relations entre administration et administrés, on constate des points communs et des différences qui permettent de douter du degré d'anticipation du Gouvernement des effets de la réforme de la décision implicite.
À cet égard, le Pr. Gilles DUMONT soulève de nombreux points intéressants concernant la loi ESSoC, dont certains éclairent également notre réflexion[804].

Dans un premier temps, nous pouvons trouver des similitudes dans la manière dont ces réformes ont vu le jour. L'emploi du terme « révolution », d'abord, témoigne d'une communication politique visant à insuffler une dimension particulière à ces réformes importantes, leur donnant souvent plus d'impact qu'elles n'en ont réellement, ce qui nous amène ensuite précisément à l'autre point commun entre ces réformes : l'écart entre l'ambition affirmée et la réalité normative.
Si ces faits ne semblent pas nécessairement pertinents par eux-mêmes, ils témoignent néanmoins d'une volonté particulière lorsqu'il s'agit de faire évoluer l'administration, ou du moins les relations entre l'administration et les administrés.
Là où François Hollande parlait de « révolution », Emmanuel Macron évoque une « révolution culturelle ». Mais quelle est la portée réelle de ce terme dans ces contextes de réformes ? Elle semble bien faible en réalité.

De la même manière, le terme de « choc » a pu être employé à l'occasion des deux réformes comparées ici, de « simplification » dans la première et de « confiance » dans la seconde. Dès lors, on se rend compte qu'il s'agit avant tout d'un exercice de communication davantage qu'une quelconque forme d'engagement politique ou juridique.
En effet, s'il est trop tôt pour se prononcer sur la seconde réforme, la réforme engagée en 2013 n'a – en fonction des administrations – au mieux entrainé aucune modification, au pire complexifié encore davantage une situation qui n'était déjà pas des plus lisibles (en tout cas concernant la décision implicite).

Un autre point de comparaison, non des moindres, existe dans le fait que les deux réformes ont été préparées très rapidement. Alors que l'on pourrait s'attendre à des projets de lois mûrement préparés étant donné l'ampleur des objectifs visés, la réalité en est bien éloignée. Encore une fois, la loi de simplification des relations entre les administrations et les citoyens[805] est née lors d'un discours prononcé par François Hollande en mai 2013 et a été promulguée

[804] DUMONT (G.), *La loi ESSoC, révolution ou involution ?*, AJDA 2018, p. 1815.
[805] Nous reviendrons d'ailleurs sur le terme « citoyen », dont l'usage n'est pas anodin.

officiellement en novembre 2013, un délai extrêmement court pour l'impact supposé de la réforme en question. D'autant que l'on pourra remarquer que la loi de 2013 n'a pas été présentée au Conseil national d'évaluation des normes (CNEN)[806], ce qui semble relativement logique étant donné que l'institution a été créée un mois avant la promulgation de la loi en question, mais pose néanmoins la question de savoir ce qu'il en aurait été, sachant que dans des conditions similaires, le projet de loi ESSoC avait été fortement remis en question par le CNEN, provoquant le retrait pur et simple du texte.

Si la comparaison porte sur deux réformes dont les contenus normatifs semblent quelque peu éloignés, l'objectif global de ces réformes peut néanmoins être rapproché. L'on remarquera d'ailleurs que la plupart des critiques formulées à l'encontre du projet de loi ESSoC par le CNEN concernaient moins le contenu à proprement parler que les conditions de préparation hâtive du texte. En effet, G. DUMONT relève par exemple des interrogations concernant « *la cohérence et l'intelligibilité du texte* », le fait que l'impact financier du texte avait été « *sous-estimé* » ou encore, à propos d'un mécanisme particulier proposé par la réforme, que « *la réforme proposée qualifiée de recentrage ou de simplification ne peut tenir lieu ni de réforme, ni de simplification* »[807].
Avec le recul sur l'application de la loi de 2013, notamment concernant l'inversion du silence-rejet, il n'apparaît pas illogique d'imaginer que certaines des critiques évoquées précédemment auraient pu trouver à s'appliquer à ce projet de loi, remettant en question la pertinence des changements proposés concernant la « simplification » et justifiant par la même occasion une saisine du CNEN.

Dans un second temps, nous pouvons relever l'une des remarques liminaires du Pr. Gilles DUMONT consistant à dire que la réforme ESSoC consiste moins en une évolution de la relation entre l'administration et le public qu'en une transformation de l'Administration elle-même. Même si la réforme de la décision implicite est antérieure à celle étudiée par G. DUMONT, nous avons tendance à constater qu'elle semble néanmoins participer de ce même phénomène de transformation de l'Administration. Cela découle de l'évolution de la relation Administration/administrés portée par la réforme de 2013 ; en modifiant cette relation et en donnant davantage d'importance aux intérêts des administrés, la réforme impacte nécessairement le fonctionnement même de l'Administration dans la mesure où cette nouvelle dynamique tend

[806] La loi n° 2013-921 du 17 octobre 2013 portant création du Conseil national d'évaluation des normes applicables aux collectivités territoriales et à leurs établissements publics a confié à cette instance la mission d'évaluer les normes applicables aux collectivités territoriales et à leurs établissements publics. À cette fin, le conseil national est composé de 36 membres dont 23 représentants des collectivités territoriales, 4 représentants du Parlement et 9 représentants des administrations compétentes de l'État.
[807] DUMONT (G.), *La loi ESSoC, révolution ou involution ?*, AJDA 2018, p. 1815.

à se réaliser au détriment de l'intérêt général. Il s'agit donc d'une transformation indirecte de l'Administration mais dont les effets sont pourtant bien réels selon nous.

Si dans la réforme de 2013 il ne s'agit pas d'impliquer davantage les administrés dans les procédures administratives, l'idée d'une administration toujours plus au service de l'administré est assez prégnante du fait des implications pour cette dernière du passage d'un silence-rejet à un silence-acceptation.

De ce point de vue, la tendance à vouloir « libérer » l'administré du poids des procédures administratives, pour reprendre les mots de G. DUMONT[808], se retrouve assez largement dans la réforme de la décision implicite, sinon de manière officielle au moins de manière sous-entendue. Le simple fait de chercher à inverser le principe du silence-rejet en un principe de silence-acceptation est l'aveu d'une volonté de faciliter la situation de l'administré ; créer – en théorie du moins – davantage de cas pour lesquels une simple requête de l'administré aboutit, à l'expiration d'un certain délai, à l'acquisition d'un droit plutôt qu'à son rejet évite la potentielle procédure contentieuse, longue et souvent coûteuse, qui aurait pu faire suite au même silence si celui-ci avait signifié un rejet.

Néanmoins, il s'agit uniquement de la théorie. Car, encore une fois à l'image de la réforme ESSoC, la réalité normative de la loi de 2013 ne semble pas aboutir à une quelconque simplification de la situation de l'administré. Fait encore plus remarquable, cette réforme ne semble pas plus aboutir à une simplification pour l'administration, même si cela reste à nuancer du fait du recul encore plus faible sur les effets de la loi ESSoC que sur ceux de la loi de 2013.

Comme nous avons pu déjà le relever, plutôt que d'inverser un principe, la réforme de 2013 l'a détruit en créant des listes et tableaux exhaustifs regroupant les cas de silence-rejet et acceptation sans logique apparente. Il est donc désormais nécessaire, autant pour l'Administration que pour l'administré, d'aller chercher eux-mêmes l'hypothèse qui les intéresse afin de voir non seulement si la décision en question est soumise au régime du rejet ou de l'acceptation, mais également afin de trouver le délai à l'expiration duquel ladite décision implicite naît, car les délais ne sont désormais plus du tout unifiés non plus.
En somme, nous pouvons légitimement nous demander quel but poursuit la réforme de la décision implicite dans la mesure où pas un seul de ces anciens aspects n'a été simplifié, et qu'au contraire beaucoup (sinon tous) ont été davantage complexifiés…

Si l'on remonte au discours qui a fait naître l'idée de la réforme de 2013, nous pouvons en analyser les principales étapes afin de relever toutes les approximations qui laissaient présager le destin qu'a été celui de cette réforme de la décision implicite, ainsi que tenter de passer

[808] *Ibid.*

outre le filtre du discours politique pour déceler les véritables enjeux juridiques derrière ce discours.

« Le mouvement, c'est ce qui doit permettre à chacun de progresser, de créer, d'aller de l'avant, d'aller plus vite, d'être plus libre »[809]. C'est par ces mots que débute la partie du discours de François HOLLANDE annonçant le « choc de simplification ». Il poursuit en citant la phrase d'un artiste sculpteur de mobiles : *« l'unique chose stable, c'est le mouvement partout et toujours »*[810].

À notre sens, cette réflexion n'augure rien de très solide pour la suite. Au-delà de la portée éventuellement philosophique de cette phrase, il nous semble que le mouvement n'est stable qu'à partir du moment où il lui est donné une direction, une forme, une régularité. Autrement, le mouvement n'est que chaos. Certes, d'un point de vue poétique, le chaos peut sans doute être assimilé à une certaine forme de stabilité, mais d'un point de vue juridique le chaos est l'ennemi naturel de la stabilité juridique (à vrai dire, le sculpteur de mobiles lui-même crée un mouvement qui n'est pas aléatoire).

Il faut donc impulser une direction à un mouvement pour que celui-ci soit stable et prévisible. Malheureusement, on le sait aujourd'hui, ce n'est pas ce qui caractérise la réforme du silence. Cette citation utilisée par le Président en 2013 semble donc avoir été déjà un augure invitant à la méfiance vis-à-vis de la réforme.

À la suite de cette accroche, le Président tente de justifier la recherche de simplification ainsi : « *Plus de simplification, c'est plus d'initiative, plus d'activité, plus d'emplois. Plus de simplification, c'est plus de temps pour nos concitoyens, et donc plus de vie* ».

Au-delà de l'évidente nature politique du discours qui transparait de ces lignes, notamment avec l'usage de termes forts (a fortiori dans le contexte actuel) tels que : choc, simplification, emplois, croissance, vie etc…, couplés avec les quantificateurs adverbiaux qui les accompagnent (plus de…), il est déjà possible d'avoir un aperçu de la manière dont sera considérée cette réforme visant la simplification : orientée vers l'administré.

Sans pour autant critiquer l'utilité voire la nécessité politique d'un tel discours, sa substance n'en reste pas moins démagogique. Le fait d'y avoir inséré « *à la va-vite* » un paragraphe d'à peine huit lignes traitant de la réforme, visiblement précipitée, d'un mécanisme reposant sur une logique vieille de presque 200 ans (et restée quasiment inchangée pendant ce temps) est regrettable.

---

[809] La retranscription écrite du discours sur laquelle nous nous basons n'est malheureusement plus disponible sur le site www.elysee.fr

[810] Cette phrase est attribuée à Jean TINGUELY, sculpteur suisse du courant Nouveau Réalisme.

Certes nous pouvons parfaitement concevoir le manque d'engouement de la part du citoyen profane pour un sujet aussi technique, néanmoins il nous semble que si la tendance des réformes récentes est de chercher à faire participer le citoyen à l'Administration[811], il faut commencer par lui expliquer l'intérêt qu'il a à participer.

Ainsi que nous venons de le relever, il est déjà possible de constater la manière dont est considérée la simplification d'un point de vue politique : centrée sur l'administré et non sur l'Administration. En réalité, ce n'est pas la simplification qui est recherchée, mais l'amélioration de la situation des administrés et le fait de montrer dans le discours qu'il s'agit d'une préoccupation importante du politique, ce qui est loin d'être assimilable.
Une véritable volonté de simplifier bénéficierait tout autant à l'Administration qu'aux administrés, car si la lourdeur de notre système administratif lié au formalisme pèse sur les administrés, il pèse également sur l'Administration qui doit traiter ces dossiers selon des processus tout aussi complexes. C'est d'ailleurs là un des paradoxes du système français : la lourdeur des procédures devrait être justifiée par la facilitation du travail administratif (la multiplication des documents et des procédures devrait se traduire par un travail de classement des dossiers plus rapide et donc un traitement facilité), or cette lourdeur administrative se fait au détriment de tous.

Enfin, la partie du discours concernant directement la décision implicite est contenue dans ces quelques lignes : *« Et pour les particuliers, je propose une forme de révolution. Dans de nombreux domaines, pas tous, le silence de l'administration vaudra désormais autorisation et non plus rejet. Ce sera effectivement un changement considérable. Il doit être limité à des domaines. D'autres, forcément, exigent des délais d'instruction. Ces délais sont eux-mêmes limitatifs, connus à l'avance. Lorsqu'ils ne sont pas respectés, l'autorisation sera donnée ».*

Ayant désormais le recul nécessaire sur les effets de la réforme du silence, un grand nombre de remarques peut être formulé à l'égard de ce paragraphe. Nous nous contenterons des principales.

À titre liminaire, nous relevons d'emblée le choix se portant sur « les particuliers » comme destinataires, voire bénéficiaires, de la réforme. Plus qu'une manière de placer l'administré au centre de la réforme, il nous semble que cela témoigne surtout, de façon latente, d'une institutionnalisation exacerbée de l'Administration, comme s'il s'agissait d'un simple outil à

[811] Pour reprendre les mots de G. DUMONT dans l'article intitulé *La loi ESSoC, révolution ou involution ?* (AJDA 2018, p. 1815).

la solde du citoyen. Cela peut-il fonctionner sachant que ce sont pourtant les mêmes « particuliers » qui font fonctionner cette machine administrative ? Nous réservons la réponse à cette question pour la section suivante[812].

Il est ensuite possible de se demander ce que sont devenus les « nombreux domaines » pour lesquels le silence ne vaudrait plus rejet mais acceptation, puisqu'il se trouve que dans les faits le « principe » a été inversé mais pas ses effets. Le silence vaut désormais acceptation mais les exceptions sont tellement nombreuses que le silence vaut, finalement, très souvent rejet[813]. Certes, comme nous avons déjà pu l'évoquer, certaines administrations[814] ont vu quasiment toutes leurs procédures être concernées par l'inversion du sens du silence, toutefois cela ne suffit en rien à qualifier le silence-acceptation de nouveau principe.

D'ailleurs, lorsque le Président énonce qu' « *il doit être limité à des domaines* », il remet directement en cause la notion de principe. Comme l'ont déjà souligné plusieurs auteurs[815], il s'agit d'un oxymoron juridique d'envergure : le silence de l'Administration valant rejet est considéré comme un principe de droit, or un principe ne peut être limité à certains domaines. Un principe est général, il peut donc comporter des exceptions mais il ne peut jamais et sous aucun prétexte être limitatif[816].

Enfin, concernant les délais, il est possible de relever que déjà dans ce discours il n'était pas prévu de conserver des délais unifiés pour ce qui concerne la décision implicite d'acceptation. Lorsque F. HOLLANDE dit : « *Ces délais sont eux-mêmes limitatifs, connus à l'avance. Lorsqu'ils ne sont pas respectés, l'autorisation sera donnée* », il distingue finalement déjà le silence-acceptation du silence-rejet en estimant que le premier nécessite – dans certains domaines – des délais d'instruction plus longs que s'il s'était agi du régime du silence-rejet. En extrapolant légèrement, cela revient à dire qu'il est plus dangereux (d'un point de vue juridique) d'attribuer un droit de manière tacite, que de le refuser. Visiblement conscient de cette réalité, le choix a pourtant été fait de considérer le silence-acceptation comme le pendant positif du silence-rejet, opinion que nous rejetons. En outre, il nous semble que la variation des délais n'est en rien un gage de sécurité juridique accrue en faveur de la décision implicite d'acceptation, pire, cette variation est selon nous ce qui nuit encore davantage à la potentielle utilité de la décision implicite (de manière générale) en tant qu'outil d'allègement et/ou d'accélération

[812] Voir *infra* Section 2.
[813] Un simple coup d'œil aux tableaux disponibles sur légifrance.fr permet de valider ce constat.
[814] C'était le cas de la DEVU à Nantes.
[815] BRACONNIER (S.), CASSIA (P.), GONOD (P.), PETIT (J.), PLESSIX (B.), SEILLER (B.), *Le silence de l'administration vaudra acceptation : big bang ou trou noir juridique ?*, JCP G, n° 51, 2013, p. 1324.
[816] Cependant, il peut être remarqué que selon R. CHAPUS, la décision implicite de rejet (donc le silence) n'est pas un principe général du droit mais une « règle générale, écrite » selon l'expression jurisprudentielle (Chapus, n° 676).

du travail administratif ; allonger les délais après l'expiration desquels naît une décision implicite est cohérent avec l'idée qu'il faut un temps variable pour instruire un dossier en fonction des domaines mais n'incite pas à la décision implicite dans la mesure où l'administré doit attendre potentiellement plus longtemps que si l'Administration rendait une décision expresse. Plus qu'une variation des délais, il faudrait équilibrer les moyens et les ressources de chaque Administration afin qu'elle puisse répondre aux attentes des administrés dans des délais raisonnables, qu'il s'agisse d'une décision expresse ou implicite.
Actuellement, la décision implicite est toujours considérée par les textes comme un garde-fou sanctionnant un dysfonctionnement de l'Administration, et ce quel que soit le sens du silence. Autant cette vision est en accord avec le principe du silence-rejet, autant c'est loin d'être le cas avec le silence-acceptation.

Cette tendance que nous avons pu relever des dernières réformes, se voulant de grandes réformes de fond, à rendre des situations juridiques déjà complexes encore moins intelligibles tout en prônant des « chocs de simplification » ou des « révolutions » (à l'image du discours de F. HOLLANDE) témoigne assez largement d'une politisation accrue du droit, en ce sens que le discours politique l'emporte de plus en plus souvent sur la logique juridique, ce qui entraîne de nombreuses conséquences que nous jugeons néfastes au regard de nombreux principes juridiques, notamment les principes de sécurité juridique et de légalité. Il est d'ailleurs assez parlant de constater – ainsi que le relève G. DUMONT – que le « droit à l'erreur » introduit par la réforme ESSoC « tire les conséquences de l'incapacité de l'État à simplifier »[817].

Les réformes récentes, sans aller jusqu'à dire qu'elles n'ont pas été réfléchies, manquent donc cruellement d'approfondissement en amont et entraînent des effets parfois imprévus et de plus grandes ampleurs que la réforme elle-même. En ce qui concerne la décision implicite, la question de la mutation de l'intérêt général à la lumière de la réforme de 2013 en est un des exemples les plus parlants selon nous. Il s'agit moins de dire que cette réforme est le déclencheur d'une telle mutation de l'intérêt général, davantage qu'elle participe à illustrer ce phénomène sans l'avoir réellement voulu.

[817] DUMONT (G.), *La loi ESSoC, révolution ou involution ?*, AJDA 2018, p. 1815.

§2. Une évolution de la relation Administration/administré entraînant une conception nouvelle de l'intérêt général

Nous avons commencé à le démontrer, la manière de considérer l'intérêt général en droit public français évolue. Une corrélation peut être effectuée avec la réforme de la décision implicite, qui semble être un marqueur relativement parlant de ce phénomène. La place de plus en plus privilégiée de l'administré (ou du citoyen, de manière plus générale) au sein des réformes de l'État indique un mouvement de transformation de l'intérêt général vers une vision de plus en plus proche de la conception anglo-saxonne. La conséquence de cette mutation s'apparente à une dilution de l'intérêt général au niveau du fonctionnement administratif **(A)** et semble vouloir entraîner une transformation fondamentale de l'Administration elle-même **(B)**. Toutefois, pour l'instant, force est de constater qu'il existe une asymétrie entre cette lente évolution de l'idéologie fondant l'Administration française et sa traduction dans la pratique. La réforme de la décision implicite constitue un bon « terreau » d'observation de ce phénomène tant elle illustre ce conflit entre une Administration séculaire aux valeurs anciennes, profondément ancrées et l'apparente incapacité à s'adapter aux évolutions impulsées par les différentes réformes, requérant une impossible souplesse en un temps très court.

A. Une prise en compte des intérêts particuliers discutable

Ce phénomène de prise en compte accrue de l'intérêt des particuliers au sein de l'Administration n'est pas nouveau, mais il a tendance à se renforcer depuis quelques années, ce qui nous semble quelque peu dangereux du fait que cette tendance ne semble pas être totalement maîtrisée.

1) Une prise en compte accrue des intérêts particuliers

Ce phénomène s'explique entre autres par ce que J. CHEVALLIER appelle la *démocratisation administrative*[818]. Il explique ce concept de la manière suivante : « Si la question de la relation entre « démocratie » et « administration » est une question récurrente, elle est désormais pensée en termes nouveaux : alors qu'il s'agissait traditionnellement de savoir dans quelle mesure et à quelles conditions l'administration était conforme à l'idéal démocratique, donc « démocratique », celle-ci tend à être conçue comme le support et le vecteur d'une démocratie rénovée : la promotion du thème de la « démocratie administrative » traduit bien ce basculement. Impliquant la consécration de droits nouveaux en faveur des administrés, la démocratie administrative entend aussi les associer aux processus administratifs, dans le cadre de mécanismes de délibération et de participation. Bien qu'elle ne soit pas dénuée d'importance, cette

[818] CHEVALLIER (J.), *De l'administration démocratique à la démocratie administrative*, RFAP 2011, n° 137-138, p. 217-227.

inflexion n'entraîne pas pour autant la promotion d'un modèle administratif radicalement nouveau »[819].

À l'inverse des pays anglo-saxons où l'intérêt général est finalement le « meilleurs compromis possible »[820] entre les intérêts particuliers, en France c'est la conception d'un intérêt général opposé aux intérêts particuliers qui a prévalu. Cependant, selon les mots de J. CHEVALLIER, « le développement de l'interventionnisme étatique a contribué à infléchir ce modèle »[821]. Ainsi, afin de remplir ses missions nouvelles, l'État a dû lier « des liens étroits avec les groupes d'intérêts »[822]. Ces phénomènes ont abouti à considérer que l'État n'est désormais plus celui disposant du monopole de définition de l'intérêt général, ce qui entraîne mécaniquement une dissolution de l'intérêt général par l'effet de la multiplication de ses sources.

Si la réforme de la décision implicite ne concerne pas directement cette démocratisation administrative (puisqu'il ne s'agit pas d'un droit à proprement parler), elle y participe néanmoins. En effet, le pouvoir de décision – qu'elle soit implicite ou non – de l'Administration est probablement l'un des derniers vestiges de son autorité sur l'administré. L'Administration décide, l'administré se soumet à la décision (qu'il peut bien entendu éventuellement contester). Toutefois, le mécanisme de la décision implicite met à mal ce pouvoir de décision, comme nous avons pu le voir[823], en dessaisissant en quelque sorte l'Administration de cette faculté. Pire encore, la décision implicite d'acceptation confirme non seulement cette logique, mais va plus loin en attribuant un droit à l'administré.

Il existe donc une incohérence dans le fait que non seulement le pouvoir de décision appartenant à l'Administration peut lui échapper par le biais de la décision implicite, mais qu'il peut néanmoins naître une créance en faveur de l'administré.
C'est pour cette raison que lorsque J. CHEVALLIER écrit que « *cette inflexion n'entraîne pas pour autant la promotion d'un modèle administratif radicalement nouveau* », ce qu'il confirme dans la conclusion de son article en rappelant qu' *« il convient cependant de ne pas surestimer la portée de ce changement : il s'agit davantage d'un adjuvant à la démocratie représentative classique et d'un complément à un modèle bureaucratique, qui ne saurait être aisément éradiqué* »[824], il nous semble que ce point de vue puisse être remis en question après l'entrée en

[819] *Ibid.* p. 217.
[820] CHEVALLIER (J.), *Déclin ou permanence du mythe de l'intérêt général ?*, in *L'intérêt général, Mélanges en l'honneur de D. Truchet*, Dalloz, 2015, pp. 83-93, spéc. p. 85.
[821] *Ibid.*
[822] *Ibid.*, p. 92.
[823] CHEVALLIER (J.), *De l'administration démocratique à la démocratie administrative*, *op. cit.*, p. 217.
[824] *Ibid.*, p. 227.

vigueur de la réforme de 2013 réflexion sur laquelle nous allons revenir[825]. Si l'inflexion entrainée par la réforme ne constitue sans doute pas à elle seule « la promotion d'un nouveau modèle administratif », il apparaît néanmoins qu'elle crée des brèches non négligeables, la réforme ayant amené plus d'incertitudes que de réponses.

L'administré apparaît donc de moins en moins comme « *un « assujetti » mais comme un « citoyen » disposant d'un ensemble de droits vis-à-vis de l'administration ; on sait que le pas a été franchi par la loi du 12 avril 2000 relative aux "droits de citoyens dans leurs relations avec les administrations" : comme le rapport parlementaire le soulignait, il ne s'agit plus "d'octroyer des droits à un administré, même sous le nom d'usager, mais de respecter ceux que détient le citoyen dans un État démocratique"* »[826]. Ce changement de statut implicite entraîne des conséquences au-delà de la sphère administrative, notamment dans la sphère juridique dans la mesure où certains droits attribués de manière implicite peuvent nuire à certains tiers. Mais surtout, cela donne un sens nouveau à l'intérêt général tel qu'il est classiquement conçu dans notre droit public français et cette nouvelle direction n'est, selon nous, pas une évolution souhaitable.

2) Une évolution discutable

Ce passage d'un administré « assujetti » à un administré « citoyen » modifie également en profondeur la perception sociologique de cet administré. En dépit du caractère unilatéral du lien d'assujettissement qui existait autrefois entre un administré et l'Administration, celui-ci avait l'avantage de forcer une certaine uniformité et donc, une certaine prévisibilité et lisibilité de cette relation. L'Administration décidait et l'administré subissait.
Désormais, on donne l'impression que l'administré réclame et l'Administration exécute. Si cela paraît largement plus favorable aux administrés, il est en revanche beaucoup moins probable que cette relation s'avère saine sur le long terme.

En effet, si l'idéal démocratique irradie notre société jusque dans son fondement, il ne faut pas confondre démocratie et liberté absolue. Car si le rapport parlementaire cité par J. CHEVALLIER estimait qu'il s'agissait « *de respecter [les droits] que détient le citoyen dans un État démocratique moderne* »[827], nous pensons qu'il s'agit en réalité d'une extrapolation de ces droits et que la volonté politique de généraliser le silence-acceptation représente la quintessence de ce phénomène. En adoptant une telle philosophie de l'administré, on le considère dès lors comme un individu non seulement doté de droits mais comme un individu capable d'en

[825] Voir *infra*, Section 2.
[826] CHEVALLIER (J.), *De l'administration démocratique à la démocratie* administrative, *op. cit.*, p. 223.
[827] CHEVALLIER (J.), *De l'administration démocratique à la démocratie administrative*, RFAP 2011, n° 137-138, p. 223.

faire *bon* usage (nous entendons par là un usage raisonnable qui tiendrait compte de l'intérêt général), ce qui reste à démontrer.

Si dans la pratique, les pouvoirs de l'Administration n'ont pas changé fondamentalement et si elle peut toujours, par le biais de ses décisions, accepter ou rejeter les demandes formulées par les administrés, il reste que de plus en plus d'obligations pèsent sur elle et l'administré-citoyen se présente devant l'Administration comme revendicateur exigeant et non plus comme assujetti respectueux de l'autorité administrative.

Ainsi, l'Administration, faisant usage de ses pouvoirs en tenant toujours compte de l'intérêt général, est aujourd'hui contrainte de subir des interférences qui l'amènent à donner la priorité aux intérêts particuliers, quand bien même cela nuirait à l'intérêt général. Encore une fois, les deux ne sont pas nécessairement en contradiction, mais il est néanmoins difficile pour l'Administration de maintenir un équilibre satisfaisant en tenant compte de la multitude d'intérêts contradictoires qui lui sont présentés. Nous nourrissons des doutes sur la capacité de l'administré, de manière générale, à agir autrement que dans son intérêt propre, et d'être ainsi capable d'abandonner ponctuellement son droit au bénéfice de la communauté. Si les actions collectives, notamment en matière de protection de l'environnement, permettent de nuancer ce doute, elles restent moins fréquentes.

Il faut toujours conserver à l'esprit que l'octroi d'un droit à un endroit est toujours accompagné d'une obligation ailleurs, et que l'effet que procure un droit à son bénéficiaire n'est pas forcément proportionnel à la conséquence de l'obligation qu'il génère.

Il apparaît donc que l'on assiste à une dilution de l'intérêt général, forcée par le changement dans la manière de considérer l'administré dans sa relation avec l'Administration.

En outre, concernant la manière de concevoir l'administré, le fait de l'assimiler à un « citoyen administré »[828] a pour effet de supprimer un niveau de hiérarchie au sein de la société ; l'administré acquiert par ce changement de statut une légitimité bien plus grande, a fortiori plus grande que l'Administration. Cela fait quelque peu écho à la volonté d'Emmanuel MACRON de donner une plus grande place à la société civile dans le gouvernement de l'État.
Si ce phénomène paraît éminemment cohérent avec l'idée de gouvernement démocratique autant qu'il donne l'impression de pouvoir redonner à l'intérêt général son importance en le rendant plus « tangible » du fait de la présence d'une fraction du peuple dans les processus de prise de décision, nous ne pouvons nous empêcher d'émettre une réserve.

Concevoir l'administré comme un citoyen administratif semble être porteur de risque d'un point de vue contentieux dans la mesure où l'on passe explicitement d'une situation d'assujetti à celle de revendicateur de droits. Sachant que l'Administration connaît aujourd'hui

[828] Voir la thèse de DUMONT (G.), *La citoyenneté administrative*, thèse Paris, 2002, 744 p.

parfois des difficultés de fonctionnement[829], si tout le monde exige d'elle, le système risque d'imploser à un moment.

Le principal problème réside à notre sens dans le décalage qui existe et s'accentue au gré des réformes entre l'importance croissante de l'administré/citoyen et la réalité du fonctionnement administratif qui n'arrive pas toujours à suivre, essentiellement faute de moyens[830].
L'inversion du principe silence vaut rejet est l'illustration la plus récente de l'exacerbation de la valorisation du statut d'administré. Cette dernière réforme a pour l'instant un impact davantage théorique que pratique, mais les questionnements qu'elle soulève amènent néanmoins à réfléchir concrètement sur l'évolution de l'intérêt général et, par extension, sur celle de la relation Administration/administré.

B. Un rapport Administration/administré inversé

La relation entre l'Administration et ses administrés n'a eu de cesse d'évoluer au fil des années, voire des siècles. Passant d'un statut d'assujetti à celui de citoyen administratif, l'administré a vu sa situation changer du tout au tout, et par conséquent cela impacte également le fonctionnement de l'Administration. À tel point qu'il est désormais possible d'évoquer une inversion dans la hiérarchie de cette relation.
Afin de mieux cerner ce phénomène, il semble important de revenir sur les étapes de cette évolution **(1)** avant d'expliquer en quoi celle-ci s'apparente selon nous davantage à une régression par rapport à l'idée classique de modernité **(2)**.

1) Les étapes de l'inversion du rapport Administration/administré

Jacques CHEVALLIER identifie quatre figures de relation entre l'Administration et les administrés[831] : l'administration élue, l'administration politisée, l'administration bureaucratisée et l'administration démocratisée.

La première constitue le système adopté en 1791 pour les agents publics les plus importants. Il a été abandonné à la fin de la Révolution française mais se retrouve encore quelque peu dans la décentralisation, où des élus sont en charge des administrations locales.

La deuxième figure, comme l'explique J. CHEVALLIER, est une administration placée directement sous l'emprise du pouvoir politique avec un serment d'allégeance prêté par les agents aux élus. Ce système se retrouve essentiellement aux États-Unis avec le *spoils system* bien qu'il ait connu des évolutions sur lesquelles nous ne nous attarderons pas dans cette

[829] L'exemple le plus évident est celui du droit des étrangers, notamment au niveau du contentieux de l'octroi des visas et titres de séjour, pour lequel l'Administration compétente ne peut tout simplement pas fonctionner faute d'un trop grand écart entre le flux des demandes et les moyens humains mis à disposition (selon François DESIMON, magistrat auprès du Tribunal administratif de Nantes).
[830] Voir la note précédente.
[831] CHEVALLIER (J.), *De l'administration démocratique à la démocratie administrative*, RFAP 2011, n° 137-138, p. 218 et s.

réflexion. Selon J. CHEVALLIER, dans cette hypothèse « *l'administration est alors « démocratique » par translation, indirectement, puisqu'elle retranscrit en son sein, via la médiation des élus politiques, les mouvements du corps électoral* »[832].

La troisième figure correspond au système qui s'est le plus imposé à la fin du XIXème siècle. Il se définit par « *une distinction tranchée entre les responsabilités de direction politique, assumées par des élus dans le cadre d'un système représentatif, et les activités de gestion administrative, incombant à des professionnels qualifiés, insérés dans un appareil structuré, cohérent et discipliné* »[833]. Toujours selon l'auteur, l'administration bureaucratique est « démocratique » du fait de sa subordination politique (car à première vue, la séparation en deux pôles empêche l'Administration d'être démocratique dans le sens où elle n'est ni élue, ni politisée dans le sens évoqué précédemment). Dans ce cas de figure, le fait d'être subordonnée au pouvoir politique lui retire son éventuel « pouvoir » (au sens de Montesquieu), car si elle prétendait posséder un tel pouvoir, dans la conception bureaucratique, elle perdrait automatiquement son caractère démocratique. Le lien de subordination existe par l'organisation hiérarchisée, l'Administration n'étant qu'un outil des gouvernants, un exécutant ; « *il conduit parallèlement à placer les administrés en situation d'assujettissement par rapport à un appareil qui ne fait qu'exécuter docilement les orientations arrêtées par les élus* »[834]. Cette dernière phrase reste à relativiser.

La quatrième et dernière figure de relation Administration/administré, celle de l'Administration démocratisée, va modifier en profondeur l'organisation et le fonctionnement de l'Administration. Cette évolution est provoquée essentiellement par deux phénomènes : la montée du syndicalisme chez les fonctionnaires et l'influence croissante de principes managériaux nouveaux. Le corps fonctionnaire va en quelque sorte s'individualiser avec notamment l'octroi de droits nouveaux aux administrés, le faisant passer de « sujets » à « citoyens » (on pense essentiellement, mais pas uniquement, au droit de grève). De ce fait, on se retrouve dans une hypothèse en totale opposition avec le modèle bureaucratique dans la mesure où l'émancipation de l'Administration lui donne une autonomie relative, et remet en question le lien de subordination politique.

Dans le même temps, pour reprendre les mots de J. CHEVALLIER : « *le modèle classique de relations avec les administrés, reposant sur l'idée d'assujettissement, connaît lui aussi un net infléchissement, du fait du développement, non seulement de circuits de communication et de dispositifs de consultation, mais encore de procédés nouveaux d'incitation*

[832] CHEVALLIER (J.), *loc. cit.*, p. 219.
[833] *Ibid.*
[834] *Ibid.*

– par lesquels l'administration, au lieu d'ordonner, d'imposer, d'enjoindre, cherche à convaincre, persuader, séduire – et de concertation – faisant des décisions administratives le produit d'un processus d'élaboration conjointe »[835].

Cette dernière vision de la relation Administration/administré est poussée à son paroxysme avec la naissance, selon l'expression de G. DUMONT, de l'*administration liquide*[836]. Dans son discours programmatique, Emmanuel MACRON exposait une vision nouvelle du rôle de l'Administration, et a fortiori de l'État. Il mentionnait un « *nouveau partage démocratique* » se traduisant par « *une discipline à laquelle nous ne sommes pas accoutumés : donner plus d'autonomie à ceux qui sont chargés d'agir ; oser l'expérimentation, pour voir ce qui fonctionne, ce qui vaut la peine d'être mis en place, ce qu'il est urgent de retirer ; regarder tout ce que la société fait mieux que l'État et lui en confier la responsabilité* »[837].

L'interprétation de cette ligne directrice que fait G. DUMONT tend à démontrer que la vision de l'Administration apportée par la loi ESSoC notamment correspond à une vision post-moderne de l'État. Il s'agit selon lui moins de faire confiance aux administrés que d' « *accepter que ce ne soit plus l'administration qui agisse, seule garante de l'intérêt général, mais la société dans son ensemble qui s'assume elle-même, accompagnée, le cas échéant par l'administration* »[838]. Il cite également Thierry TUOT, qui résume ce phénomène de la manière suivante : « *Nous avons réalisé une décentralisation territoriale. Celle qui est devant nous aujourd'hui, c'est une décentralisation sociale, celle qui va transférer à la société le soin, dans le cadre fixé par l'État, conformément aux objectifs fixés par le Parlement, de déterminer les moyens d'y parvenir dans un cadre procédural que l'État validera. L'État moderne, ce n'est pas l'État qui recrute 100 000 fonctionnaires pour contrôler les vieux véhicules, c'est celui qui définit les normes en matière de contrôle technique, qui contrôle les contrôleurs et qui laisse la société s'emparer de ce sujet* »[839].

Le caractère *liquide* de l'Administration – expression empruntée au sociologue Zygmunt BAUMAN pour définir la société postmoderne –, illustré par les réformes récentes de l'État, se retrouve donc « *dans l'absence de toute référence solide et stable, au profit d'une logique combinant flux permanents et adaptabilité constante des structures et des hommes* »[840]. Si cette vision de la postmodernité semble effectivement être celle qui se dessine depuis quelques années, nous ne sommes pas convaincus par la pérennité d'un système

[835] CHEVALLIER (J.), *loc. cit.*, p. 221.
[836] DUMONT (G.), *La loi ESSoC, révolution ou involution ?*, AJDA 2018, p. 1819.
[837] MACRON (E.), *Révolution*, XO, 2016.
[838] DUMONT (G.), *La loi ESSoC, révolution ou involution ?*, AJDA 2018, p. 1819.
[839] TUOT (T.), audition devant la Commission spéciale du Sénat, 14 février 2018.
[840] DUMONT (G.) citant Z. BAUMAN, *La vie liquide*, Le Rouergue/Chambon, 2006, spéc. p. 174 et s. (*La loi ESSoC, révolution ou involution ?*, AJDA 2018, p. 1819).

évoluant sans cadre, fondé simplement sur la capacité d'adaptation supposée des individus et des institutions.

2) Une involution plus qu'une évolution

Cette démocratie administrative, qui tend à mettre l'administré au centre de son modèle, « *suppose en tout premier lieu que les administrés puissent se prévaloir vis-à-vis de l'administration d'un ensemble de droits, véritables « droits-créances » qui leur confèrent un pouvoir d'exigibilité par rapport aux services et tendent au rééquilibrage de la relation administrative* »[841]. D'un point de vue politique, il est difficile de remettre en question cette évolution tant elle semble bénéfique à tous ; plus de démocratie dans le discours politique ne peut a priori jamais nuire du point de vue du citoyen. Il s'agit en outre d'une évolution plutôt cohérente avec l'idéologie de l'intérêt général. Comme nous l'avons déjà évoqué et comme le rappelle Didier LINOTTE dans sa thèse : « *La notion d'intérêt général est un principe justificatif du Pouvoir. Étant entendu que ce pouvoir tire son existence du Service rendu* »[842]. Cela étant, le statut de l'administré n'entre pas en ligne de compte dans la capacité de l'Administration à rendre ce service justifiant son pouvoir. Le fait que l'administré soit considéré comme un assujetti ou comme un titulaire de « droits-créances » ne change pas la mission de l'Administration. En revanche, cette évolution représente une forme d'extension du champ de la démocratie.
Dès lors, aux yeux des principaux concernés la démocratie administrative constitue un progrès.

Pourtant, au moins deux points attirent notre attention. En premier lieu, le fait de placer désormais l'Administration en créancière des administrés représente un danger du fait des risques d'engorgements liés aux importants flux de requêtes. Il n'est pas réaliste d'imaginer aujourd'hui, avec les problèmes que connaît déjà l'Administration française – notamment du fait de la réduction du nombre de fonctionnaires, due à l'essor d'une politique néolibérale, mais également du fait du retard technologique que connaissent certaines administrations – qu'elle puisse accueillir toutes les demandes, et encore moins qu'elle puisse les traiter. Sauf si le régime de la décision implicite est réformé en profondeur, de sorte à ce qu'il puisse être utilisé sciemment par les administrations afin de gagner du temps[843].

En extrapolant le raisonnement relatif au fait que l'administré peut se prévaloir de droits sur l'Administration et en le reliant à la décision implicite, il serait possible de considérer que le pouvoir de décision de l'Administration perdrait presque toute sa substance. En

[841] CHEVALLIER (J.), *De l'administration démocratique à la démocratie administrative*, RFAP 2011, n° 137-138, p. 220.
[842] LINOTTE (D.), *Recherches sur la notion d'intérêt général en droit administratif français*, Thèse Bordeaux, 1975, p. 10.
[843] Nous traiterons ce sujet de manière approfondie dans le dernier chapitre. Voir *infra*, p. 372 et s.

effet, si l'on se place dans ce contexte d'inversion des relations entre les administrés et l'Administration, dans lequel l'assujetti n'est plus l'administré mais bien l'Administration, l'administré n'obtient-il pas finalement ce à quoi il a *droit* lorsque l'Administration prend une décision ? Nous parlons bien ici de l'action même de prendre une décision, non pas de son contenu. Car en effet, une décision de rejet n'octroie aucun droit, mais la décision ne constituerait-elle pas déjà pas un droit en elle-même ?
Le pouvoir de décision de l'Administration ne serait donc presque plus un pouvoir de l'Administration mais un droit de l'administré à obtenir une décision de l'Administration.

La nuance est ici très subtile dans la mesure où l'on pourrait arguer que c'était déjà le cas depuis longtemps. La doctrine dominante en la matière considérant qu'il existe une obligation d'agir à la charge de l'Administration, cela signifie qu'il existe donc un droit pour l'administré d'obtenir cette décision. Cela étant, dans ce contexte le droit est davantage une garantie symbolique qu'un véritable « droit-créance ». En revanche, lorsque c'est l'administré qui est en position d'exiger de l'Administration, ce droit prend une toute autre ampleur. La relation administré/Administration s'inverse, et avec elle l'importance du droit de l'administré à obtenir de l'Administration une décision. En somme, exiger un droit selon que l'on se trouve en position de force ou de faiblesse n'emporte pas du tout la même signification, ni les mêmes conséquences dans la pratique.

Dans cette hypothèse, la décision implicite prend également une nouvelle signification : qu'elle soit de rejet ou d'acceptation, elle devient une véritable sanction dans tous les cas. L'impossibilité du déni d'administration (et donc de liaison du contentieux) étant désormais bien ancrée dans les mœurs grâce à la décision implicite, le seul caractère qui puisse encore varier est l'aspect de sanction. Si dans un contexte où l'Administration n'est pas complètement soumise à l'administré, l'ambiguïté de ce caractère existe, ce n'est plus le cas lorsque l'administré domine l'Administration. La décision implicite est là pour assurer que l'administré puisse se prévaloir de son droit en toutes circonstances. L'Administration ne dispose dans ce cas d'aucune marge de manœuvre, a fortiori dans le cas de la décision implicite d'acceptation, hypothèse dans laquelle l'Administration ne contrôle potentiellement même plus la décision, devenant simplement un intermédiaire « creux » entre l'administré et sa décision lui octroyant un droit.
À nouveau la nuance est subtile dans la mesure où il s'agit davantage d'une manière de percevoir la décision implicite que d'une conséquence concrètement observable.

La difficulté d'appréhension de ces réflexions réside dans le fait qu'elles possèdent un caractère éminemment sociologique ainsi qu'hypothétique qu'il nous est de fait difficile

de démontrer. La réflexion ne nous paraît pour autant pas dénuée d'importance dans la mesure où les évolutions que nous observons dans ce chapitre relèvent selon nous de la science administrative avant d'être juridiques, ce qui ne les empêche pas d'entraîner des conséquences juridiques majeures. C'est là d'ailleurs tout le paradoxe : on se rend compte que les réformes récentes forcent l'adaptation du droit (et non l'inverse) mais ce dernier ne parvient que très partiellement à suivre ces évolutions, qui pourtant ne font qu'épouser la marche de la société.

En second lieu, le fait de considérer que ces réformes impactant la relation Administration/administrés « rééquilibrent » cette dernière soulève plusieurs réflexions concernant la notion de rééquilibrage.
D'un point de vue sociologique pour commencer, cette inversion dans les relations pourrait s'avérer néfaste sur le moyen, voire court terme. En effet, donner plus de droits aux administrés sur l'Administration signifie en quelque sorte reléguer les administrations – et donc les agents publics et fonctionnaires qui les composent – au rang de simples exécutants. De ce point de vue, l'évolution de l'Administration ressemble davantage à la figure bureaucratique évoquée par J. CHEVALLIER, mais qui serait subordonnée à la fois au politique et au corps administré (on note d'ailleurs une incompatibilité existant entre le terme « administré » et l'existence d'un lien de subordination, d'où le développement des termes « citoyens » ou « public »). Une telle évolution n'est pas souhaitable mais constitue néanmoins une des possibles directions.

Comme l'exprime J. CHEVALLIER[844], reprenant les termes d'E. ZUCCARELLI, le souhait que « *l'Administration soit plus simple d'accès, plus rapide dans ses réponses, plus lisible dans son fonctionnement et surtout plus respectueuse des droits de ses interlocuteurs* »[845] ne pouvait évidemment que susciter l'adhésion générale. Il est possible de se demander cependant si l'on ne serait pas en train de se diriger vers l'excès inverse ? De plus en plus, les réformes semblent dessiner un administré tout-puissant vis-à-vis d'une Administration dont la position s'affaiblit d'autant.

Pour toutes ces raisons, il nous semble que l'*administration liquide* est le fruit d'une dissolution de l'intérêt général, et de manière plus large, des valeurs communes unificatrices fondant notre société. Il est donc difficile pour nous de considérer cette évolution comme un progrès, encore moins comme une révolution, au contraire. Elle est le signe d'une « anomie administrative », pour reprendre les mots de G. DUMONT[846].

[844] CHEVALLIER (J.), *La transformation de la relation administrative : mythe ou réalité ?*, Dalloz 2000, n° 38, p. 576.
[845] ZUCCARELLI (E.), JO Sénat, 10 mars 1999, p. 1385 ; JOAN, 27 mai 1999, p. 5096, p. 576.
[846] DUMONT (G.), *La loi ESSoC, révolution ou involution ?*, AJDA 2018, p. 1819.

En plaçant l'individu quasiment au centre du fonctionnement administratif, on surestime sa capacité à raisonner en termes d'intérêt général. Pour expliquer les choses sous un autre angle, il s'agit de faire cohabiter deux mondes fondés sur des systèmes de valeurs complètement différents.

L'équilibre qui existait précédemment était sans aucun doute critiquable du point de vue de la relation Administration/administrés, mais l'Administration représentait néanmoins toujours une sorte de garde-fou entre la multitude d'intérêts particuliers et la garantie de l'intérêt général, supérieur. Avec les évolutions récentes, on est en droit de s'interroger sur la réalité de ce constat ; les deux ordres de valeurs sont confrontés directement mais l'administré – « citoyen-administratif » – exige de l'Administration. Cela sous-entend donc une inversion de la relation Administration/administré, et donc implicitement du rapport intérêts particuliers/intérêt général.

Ce phénomène de dissolution de l'intérêt général n'est pas nouveau et avait été perçu à la fin des années soixante-dix par J. CHEVALLIER qui expliquait d'abord que « *le concept d'intérêt général* ***implique d'abord la possibilité de surmonter les antagonismes sociaux*** *et de dégager un intérêt commun à l'ensemble des participants : ce qui unit les membres est plus fort que ce qui les oppose ; leur appartenance à une même communauté sur-détermine leur identité singulière. Les intérêts particuliers vont être rendus compatibles et harmonisés par l'intervention d'une instance de totalisation qui est chargée d'opérer la synthèse des volontés individuelles, de rassembler les points de vue disparates en un projet cohérent, de ramener les éléments atomisés et soumis à l'attraction centrifuge dans les limites de l'ordre établi* »[847], avant d'en évoquer la « crise »[848].

En effet, pour que le concept d'intérêt général[849] fonctionne, il faut qu'il existe une centralité. L'État joue ce rôle du fait de sa position dominante et légitime. L'intérêt général, de ce point de vue conceptuel, existe toujours et ne sera potentiellement jamais remis en question par les intérêts particuliers dans la mesure où les deux notions se situent sur des plans bien différents. Cependant, on peut se demander si dans la pratique, l'intérêt général ne perd pas de sa symbolique au profit des intérêts particuliers, à notre époque où la société tend à se replier sur elle-même et où finalement, l'intérêt général est de moins en moins accepté par le peuple.

[847] CHEVALLIER (J.), *Réflexions sur l'idéologie de I'intérêt général*, in *Variations autour de l'intérêt général*, CURAPP, vol. 1, PUF, 1978, p. 13.
[848] *ibid*. p. 44.
[849] Selon J. CHEVALLIER, ce concept repose « *sur un jeu réglé et organisé de signes, destiné à empêcher toute perception de la réalité de la division et de la domination* » (*Réflexions sur l'idéologie de I'intérêt général*, in *Variations autour de l'intérêt général*, CURAPP, vol. 1, PUF, 1978, p. 41).

Quelques illustrations récentes de ce phénomène peuvent se trouver dans la réaction aux dernières tentatives de réformes (notamment à la réforme des retraites) et surtout dans le mouvement des « Gilets Jaunes ». Sans nous risquer à analyser ce dernier mouvement tant il paraît complexe, nous en retirons simplement le signe d'une perte de confiance dans l'État et sa politique, donc dans les valeurs qui le fondent. Dans un tel contexte, l'intérêt général perd donc toute sa substance ou, à l'inverse, il éclate en de multiples intérêts généraux.

De la même manière, dans les contestations faisant suite à l'annonce du projet de loi instituant un système universel de retraite[850], il est intéressant de remarquer le phénomène selon lequel de nombreux groupes qui se sont insurgés contre les modifications les impactant directement se sont ensuite désolidarisés du mouvement ayant obtenu gain de cause. L'intérêt général semble donc n'aller plus que dans un seul sens, celui de l'État vers les citoyens, ce qui ne peut pas fonctionner. Les citoyens doivent également croire dans l'intérêt général pour que cette fiction juridique existe pleinement.

Il apparaît également intéressant de s'interroger sur la cause de ce processus de perte de légitimité du concept d'intérêt général. En effet, n'aurait-il pas été enclenché dès lors que DUGUIT a entrepris de défaire le dogme de la puissance comme fondement l'État ? La théorie du service n'a-t-elle pas finalement fini par être exacerbée à son tour, comme ce fut le cas pour celle de la puissance (on pense notamment aux dérives de l'État gendarme) ? Il se pourrait effectivement qu'un dogme ait remplacé l'autre.
Néanmoins, nous ne ferons ici que poser la question, dont la réponse appelle une étude qui nous éloignerait trop de notre sujet et n'emporte dans tous les cas qu'un intérêt au titre de la curiosité.

Finalement, selon J. CHEVALLIER, « *pour conjurer cette menace [la crise de l'intérêt général et donc l'ébranlement du pouvoir], il est possible, soit de chercher à restaurer les croyances, soit d'inaugurer de nouvelles modalités d'exercice du pouvoir* »[851].
En tenant compte de ce point de vue et en le couplant avec le phénomène de dilution de la responsabilité à tous les échelons du pouvoir, on peut s'interroger sur l'éventuelle volonté de l'État et de ses démembrements d'éluder le problème en adoptant un comportement en retrait. Il semble qu'il soit devenu plus facile d'acquiescer à la majorité des requêtes afin d'avoir les mains libres plutôt que d'opposer un refus et prendre le risque de se retrouver confronté à un conflit paralysant. S'il est une fois de plus difficile d'apporter une réponse définitive à la question, elle mérite néanmoins d'être posée. Le fait d'accentuer l'importance donnée au citoyen,

[850] Projet de loi n° 2623 rectifié, enregistré le 24 janvier 2020.
[851] CHEVALLIER (J.), *Réflexions sur l'idéologie de I'intérêt général*, in *Variations autour de l'intérêt général*, CURAPP, vol. 1, PUF, 1978, p. 44.

en sa qualité d'administré[852], pourrait être la réponse apportée par l'État au déclin de l'intérêt général (en tant qu'idéologie)[853].

Pour achever cette réflexion, il semble nécessaire d'évoquer le fait que l'affaiblissement de l'idéologie de l'intérêt général se répercute en droit positif. De nombreux principes juridiques découlent plus ou moins directement de ce concept, notamment les principes de sécurité juridique et de légalité pour ne mentionner que ceux-là, et sont utilisés par le juge administratif. De ce fait, si l'intérêt général décline en tant que « mythe justificateur », il décline logiquement en tant qu'argument juridique.
Encore une fois selon les mots de J. CHEVALLIER : « *l'idéologie de l'intérêt général a pour fonction d'assurer la reproduction de l'ordre social et politique existant en imprégnant dans les esprits la croyance en sa légitimité, en sa nécessité, en son bien-fondé : elle diffuse l'image d'une société intégrée, fluide et égalitaire, dans laquelle les dispositifs de pouvoir ne sont pas des instruments d'oppression, mais des moyens de normalisation et de régulation au service de la collectivité toute entière ; elle a donc un effet centripète, en renforçant l'adhésion des membres aux valeurs dominantes et leur union autour du système de pouvoir institué* »[854]. Aujourd'hui, le bien-fondé de l'ordre social et politique semble être de plus en plus remis en cause, fragilisant ainsi l'idéologie de l'intérêt général.

Cette évolution de la relation Administration/administré semble donc être le fruit, sinon d'un déclin, au moins d'une mutation de l'intérêt général en France et l'évolution de la décision implicite est directement influencée par ce phénomène.
A fortiori avec l'avènement de la décision implicite d'acceptation, il ne s'agit pas seulement de la transformation de la relation Administration/administré mais également de la manière dont le sujet est perçu par le droit public de manière générale.
Toutefois, ces évolutions se retrouvent confrontées à une culture administrative évoluant bien plus lentement ; la capacité d'adaptabilité requise dans ce contexte d'*administration liquide* est entravée par une rigidité historique visiblement difficile à dépasser et l'Administration semble se retrouver plus souvent obligée de subir les transformations que de s'y adapter.

---

[852] Qui tend effectivement aujourd'hui à se confondre avec la qualité de citoyen comme le démontre notamment G. DUMONT.
[853] Sur le sujet, voir : CHEVALLIER (J.), *Déclin ou permanence du mythe de l'intérêt général ?*, in *L'intérêt général, Mélanges en l'honneur de D. Truchet*, Dalloz, 2015, pp. 83-93 ; CONSTANTINESCO (V.), *De « NIMBY » à « BANANA » ou les vicissitudes de l'intérêt général…*, *op. cit.*, pp. 105-113 ; DE CHAISEMARTIN (A.), *De* Dame Lamotte *à* Danthony *(Le principe de légalité est-il encore d'intérêt général ?)*, *op. cit.*, pp. 115-118.
[854] CHEVALLIER (J.), *Réflexions sur l'idéologie de I'intérêt général*, in *Variations autour de l'intérêt général*, CURAPP, vol. 1, PUF, 1978, p. 28.

Section 2. Une culture administrative difficile à faire évoluer

Un autre obstacle à l'extension potentielle du recours au mode de la décision implicite repose dans une culture administrative profondément ancrée, encore aujourd'hui, dans les mentalités des fonctionnaires, même si cela commence à changer du fait du développement de la contractualisation des agents publics. Il apparaît utile de s'intéresser aux raisons justifiant l'usage de la décision implicite, ou au contraire à celles justifiant le refus de principe (dans certains cas) de recourir à un autre mode de réponse que la manière expresse **(§1)**. Cela sera également l'occasion d'observer la variété des usages de la décision implicite par l'Administration afin de constater que, non seulement ils varient d'une administration à l'autre mais qu'ils en détournent parfois le but originel de ce mécanisme à des fins stratégiques, pas nécessairement liées au gain de temps **(§2)**.

§1. Des valeurs profondément ancrées dans les mœurs de l'Administration française

Parmi les valeurs qui fondent l'Administration française et son fonctionnement, deux freinent particulièrement sa capacité d'adaptation : l'idéologie de l'intérêt général irradie encore largement l'Administration française et constitue une sorte « moule » dans lequel continuent encore aujourd'hui d'être « fabriqués » les fonctionnaires, même si ce constat tend à être de plus en plus relativisé par la contractualisation accrue dans la fonction publique **(A)** ; l'autre facteur ralentissant la transformation de l'Administration réside dans l'importance donnée à la procédure administrative qui, pour des raisons que nous évoquerons dans cette sous-partie, ne semble pas près d'être remise en question. Le mode de la décision expresse domine encore largement le fonctionnement administratif et l'ancrage dont elle jouit aujourd'hui risque de représenter à l'avenir le principal obstacle au développement de la décision implicite **(B)**.

A. Une forte influence de l'idéologie de l'intérêt général sur les comportements administratifs

Il est d'emblée nécessaire de relativiser ce que nous avons pu développer à propos de la mutation de l'intérêt général, au moins sur un point précis : l'idéologie de l'intérêt général est encore très prégnante au sein même de la fonction publique et représente toujours, selon J. CHEVALLIER, « l'idéologie-matrice sur laquelle s'appuie le système de représentation des fonctionnaires »[855], ce qui tend à ralentir l'évolution de l'Administration et crée donc des difficultés d'adaptation **(1)**. Cependant, il convient néanmoins d'observer quelques inflexions de cette idéologie, qui tend à s'éloigner de la conception classique de l'intérêt général, sans pour autant permettre à l'Administration de gagner en capacité d'adaptation **(2)**.

[855] CHEVALLIER (J.), *L'idéologie des fonctionnaires : permanence et/ou changement*, in *Discours et idéologie*, CURAPP, PUF, 1980, 481 p. 58.

1) Une idéologie encore très forte au sein de la fonction publique

Il faut à notre sens distinguer la fonction publique de la haute fonction publique dans la mesure où le noyau dur des valeurs traditionnelles (dont l'idéologie de l'intérêt général) de la fonction publique se trouve avant tout reproduit au niveau de la haute fonction publique, qui irradie ensuite l'ensemble de la fonction publique, avec des degrés d'influence relatifs.
J. CHEVALLIER pose d'ailleurs la question de la réalité de cette idéologie, se demandant si l'expression d'intérêt général n'est pas *juste* une « formule rituelle »[856], un instrument que l'on invoque pour se dégager de toute responsabilité. Pour l'auteur, la réponse ne fait aucun doute et il estime que « derrière le terme d'intérêt général se cache un système de représentations construit et cohérent, dont la *structure* n'a pratiquement pas évolué. Cette permanence remarquable montre qu'il est erroné de voir dans l'idéologie de l'intérêt général un système contingent de légitimation de l'administration, lié au libéralisme traditionnel et en voie d'être supplanté par des idéologies de rechange[857] »[858].
C'est précisément parce que ce système de représentation n'a pas changé que l'Administration a du mal à s'adapter aux évolutions récentes, rapides et conséquentes. Cette opinion doit cependant être replacée dans son contexte. L'article cité ayant été écrit en 1979, quarante ans d'évolutions nous séparent de la mentalité décrite par J. CHEVALLIER.

J. CHEVALLIER va même plus loin dans sa description des fonctionnaires dans leur relation à l'intérêt général en écrivant que « les fonctionnaires affectent un total *désintéressement* personnel. La nature de leurs fonctions implique le sacrifice des biens de ce monde. C'est un « ascète », qui a délibérément renoncé à faire fortune. Et c'est cela même qui lui assure la liberté et la disponibilité d'esprit indispensables pour discerner l'intérêt général »[859], et de poursuivre : « Les fonctionnaires se veulent entièrement assujettis et aliénés à leur fonction. L'autorité qu'ils détiennent, par la grâce de l'État, n'est nullement une faveur, une sinécure, un privilège, mais un *devoir*, un office, une charge infiniment lourde et pesante, qu'ils acceptent d'assumer pour le plus grand bien de tous »[860]. Si nous pensons encore aujourd'hui que l'idéologie de l'intérêt général domine toujours largement les valeurs véhiculées par l'Administration, nous nous devons de relativiser la portée de celle-ci dans le contexte actuel.

[856] CHEVALLIER (J.), *L'idéologie des fonctionnaires : permanence et/ou changement*, in *Discours et idéologie*, CURAPP, PUF, 1980, p. 17.
[857] Voir SIWEK-POUYDESSEAU (J.), RFAP n° 10, avril-juin 1979, p. 179.
[858] CHEVALLIER (J.), *L'idéologie des fonctionnaires : permanence et/ou changement*, in *Discours et idéologie*, CURAPP, PUF, 1980, p. 17.
[859] CHEVALLIER (J.), *L'idéologie des fonctionnaires : permanence et/ou changement*, in *Discours et idéologie*, CURAPP, PUF, 1980, p. 21.
[860] *Ibid*.

En effet, avec la mondialisation qui réduit mécaniquement la marge d'action des États, une nouvelle conception des modèles étatiques apparaît : la conception post-moderne[861]. L'une des conséquences de cette transformation s'observe dans l'estompement de la distinction classique entre les sphères publique et privée. D'un côté, nul ne peut nier que l'intérêt général a perdu de sa force, or c'est en grande partie sur ce mythe que l'État a bâti sa légitimité. Aujourd'hui, écrit J. CHEVALLIER[862], l'Administration n'est plus censée agir dans le sens de l'intérêt général mais doit prouver son efficacité, qui doit désormais passer par des méthodes de management public calquées sur celles des entreprises privées, fondées sur des indicateurs de qualité et de performance (notamment avec la mise en œuvre de démarches d'évaluation et de rationalisation des choix budgétaires).

D'un autre côté, l'auteur considère également que plus rien ne légitime aujourd'hui le régime dérogatoire qui fonde l'action administrative. Cela se traduit donc par une réduction du champ d'application du droit administratif, notamment en matière économique.

Sans porter aucun jugement de valeur sur les agents statutaires de l'Administration française, il nous semble que si l'institution est toujours fondée sur une idéologie de l'intérêt général profondément ancrée, les membres qui la compose s'en éloignent de plus en plus. Il est aujourd'hui difficile de concevoir les fonctionnaires comme des « ascètes » acceptant humblement une lourde charge pour le bien du plus grand nombre.

Déjà à l'époque où l'article cité était d'actualité, nous nourrissons quelques doutes quant à la pertinence de cette analyse. Du moins nous semble-t-il nécessaire de distinguer selon qu'il s'agit de hauts fonctionnaires ou de fonctionnaires. Car si nous comprenons l'idée selon laquelle les fonctionnaires « renoncent » – en faisant précisément le choix de la fonction publique – à faire fortune au sens capitaliste du terme, la qualification d'« ascète » et la nécessité du « sacrifice des biens de ce monde » sont sans aucun doute – même il y a quarante ans – largement exagérées, a fortiori lorsque l'on se tourne vers la haute fonction publique[863].

Le constat est encore plus flagrant aujourd'hui. En effet, dans un document annexé au projet de loi de finance pour 2021, intitulé « Rapport sur l'état de la fonction publique et les rémunérations » (du 15/10/2020), il ressort que la rémunération moyenne des agents de l'État,

[861] CHEVALLIER (J.), *L'État post-moderne*, LGDJ, coll. Droit et société, 5ème éd., 2017, 328 p.
[862] *Ibid.*, Chap. 1.
[863] Selon une étude menée par Jean-François PAYEN et Marguerite PERROT dans l'article Les traitements des fonctionnaires de 1970 à 1976, publié dans la revue Économie et statistique, n°85, 1977, pp. 37-47, spéc. p. 39, on peut constater que le traitement en francs au 1er octobre 1976 (y compris indemnité de résidence pour Paris et indemnité spéciale mensuelle) d'un fonctionnaire de catégorie A (soit 29% des agents publics de l'État) s'étale – en fonction du corps ou du grade – d'environ 3000 à environ 7400 francs. Les traitements les moins importants étant ceux des agents de catégorie C et D, aux alentours de 1800 francs.

qu'ils soient fonctionnaires ou contractuels s'élève à 2295€ net[864]. Cependant, lorsque l'on regarde le détail les disparités sont relativement importantes, notamment lorsque l'on compare avec la haute fonction publique. Si l'on étudie les chiffres sous l'angle de la catégorie socio-professionnelle, on constate qu'un cadre de la fonction publique hospitalière perçoit en moyenne 4953€ net par mois, contre 3183€ dans la fonction publique d'État et 3381€ dans la fonction publique territoriale. Plus remarquable encore, les rémunérations les plus fortes de la haute fonction publique sont pour la plupart plus élevées que celle du président de la République ou du premier ministre. À titre d'exemple, dans le département de l'Économie et des Finances, les dix rémunérations les plus élevées additionnées donnent un total de 2.441.059€ brut sur une période de 120 mois, soit 20.342€ brut mensuel. Dans le département de l'Intérieur et Outre-Mer, les dix rémunérations les plus élevées additionnées ensemble s'élèvent à 2.479.608€ sur une période identique, soit 20.663€ brut mensuels.

Encore une fois, il ne s'agit pas de déduire de ce constat une quelconque évolution de la moralité des fonctionnaires, mais simplement d'établir une corrélation entre une mutation des mœurs de l'Administration et la dissolution de l'idéologie de l'intérêt général, que nous étudierons davantage dans la suite de cette réflexion concernant des inflexions de cette idéologie.

Toutefois, lors de nos rencontres avec certains hauts fonctionnaires, nous avons pu effectivement constater que le discours était toujours très marqué par cette idéologie de l'intérêt général, ce qui n'était pas le cas avec d'autres fonctionnaires (et encore moins avec les agents publics non statutaires) dont le discours reste extrêmement pragmatique, ancré dans la pratique et le contact avec le public. De ce point de vue, nous avons pu constater une sorte de recul idéologique chez les hauts fonctionnaires, dans leur manière d'aborder les problématiques qui leur sont soumises, a priori absent chez les fonctionnaires qui adoptent eux une démarche et un point de vue beaucoup plus empiriques.

Ce sont essentiellement deux facteurs, relevés par J. CHEVALLIER, qui ont permis à l'intérêt général de s'ancrer aussi durablement au sein de l'Administration. Selon l'auteur, les fonctionnaires estiment mieux savoir que les élus où se situe l'intérêt général du fait d'une part de l'expansion des domaines d'action de l'État, d'autre part avec la création de l'École nationale d'administration (ENA)[865].

[864] Les chiffres reflètent les rémunérations en équivalent temps-plein, en 2018. La rémunération moyenne des agents publics de catégorie A s'élève à 2965€ net, contre 2408€ pour les catégories B et 1833€ pour les catégories C.
[865] CHEVALLIER (J.), *L'idéologie des fonctionnaires : permanence et/ou changement*, in *Discours et idéologie*, CURAPP, PUF, 1980, p. 43.

En effet, l'expansion du champ d'action étatique entraîne automatiquement une augmentation du degré d'expertise nécessaire, expertise que certains échelons (notamment politiques) ne possèdent pas dans la mesure où ils sont souvent déconnectés, de fait, des réalités. Il est également possible de mentionner qu'il existe depuis les années 70/80 une diffusion de nouvelles valeurs basées sur l'efficacité et le bien-fondé des décisions, se traduisant directement par une marge d'erreur plus faible, ce qui s'oppose aux décisions souvent subjectives des décideurs. Par conséquent, il apparaît vite que les fonctionnaires sont plus aptes à mener les études et, de manière générale, à apporter une expertise plus poussée.

Ce point doit aujourd'hui être nuancé en ce que cette tendance à l'intervention accrue de l'État dans des domaines qu'il ne maîtrise pas (ou du moins pas aussi bien que les spécialistes) s'est poursuivie et se poursuit encore, à un point où même les Administrations ne sont plus compétentes techniquement, notamment en ce qui concerne les nouvelles technologies et l'informatique de manière générale. Cela a pour effet d'accroître l'asymétrie qui existait déjà entre les entités dirigeantes et l'Administration officiant au plus près du public.

Parce que le pouvoir vient d'en haut, pour reprendre partiellement la célèbre expression de Sieyès, le « bas » est donc en toute logique tributaire du rythme imposé par le « haut ».

En outre, la création de l'E.N.A a contribué à développer chez les hauts fonctionnaires un sentiment d'absolue supériorité[866]. Cela s'explique notamment par le fait que la création de cette école octroie aux hauts fonctionnaires une nouvelle légitimité, qui les émancipe en quelque sorte du giron des élus. Parallèlement, il y a également eu une sorte de décloisonnement entre politique et administration faisant que des hauts fonctionnaires ont accédé à des postes de responsables politiques, donc selon la logique de la représentativité, l'Administration court-circuite en quelque sorte les institutions représentatives classiques car elles sont plus proches du public.

L'existence de l'E.N.A et d'autres grandes écoles formant les hauts fonctionnaires participe directement à la pérennisation de l'idéologie de l'intérêt général, et les réformes à venir (notamment celle de l'E.N.A) ne changeront probablement pas cela. Le fait est que ces circuits de formation sont des circuits fermés, dans le sens où les individus qui en sortent restent dans les hautes sphères du pouvoir – ce à quoi ces formations les destinent – et légitiment donc une reproduction des élites, et par conséquent des idéologies qui les façonnent.
L'exemple des membres du Conseil d'État illustre parfaitement ce constat : contrairement aux magistrats de la Cour de cassation, les conseillers d'État n'ont généralement aucune expérience en tant que magistrat des juridictions inférieures. Les conseillers d'État intègrent le Conseil d'État dès l'achèvement de leur formation à l'E.N.A (entre quatre à six chaque année, choisis

[866] CHEVALLIER (J.), *L'idéologie des fonctionnaires : permanence et/ou changement*, in *Discours et idéologie*, CURAPP, PUF, 1980, p. 21.

parmi les premiers de chaque promotion), deviennent maîtres des requêtes après trois années de carrière, pour finir conseiller d'État au bout de douze ans. En d'autres termes, de 25 ans environ à la fin de leur carrière, les membres du Conseil d'État ne connaissent que l'E.N.A et le Conseil d'État. Ils peuvent éventuellement connaître des expériences dans des cabinets ministériels ou dans le privé, mais ce sont davantage des passerelles dont ils bénéficient n'ayant qu'un rapport éloigné avec leur office.
Ce constat ne préjuge bien évidemment en rien de la compétence des membres de la juridiction administrative suprême, ni de la qualité de la justice rendue. Simplement, il s'agit de remarquer le peu d'influences auxquelles est soumis un haut fonctionnaire, justifiant par là même la permanence de l'idéologie de l'intérêt général.

Si cette idéologie reste encore très forte aujourd'hui dans les hautes sphères de pouvoir et conditionne nécessairement, dans une certaine mesure, les sphères inférieures, elle connaît néanmoins aujourd'hui certaines inflexions qui la remettent en question dans certains de ces aspects. Ces mutations nuisent selon nous à la cohérence de l'appareil administratif dans son ensemble et le fait qu'elles n'entraînent pas les mêmes conséquences aux différents échelons rend l'adaptation de l'Administration aux nouvelles valeurs encore plus difficile, sinon impossible.

2) Une idéologie qui connaît des inflexions

Plusieurs facteurs permettent d'identifier ces mutations de l'intérêt général, plutôt dans le sens d'une dissolution. Mais il semble d'abord nécessaire de clarifier un point important concernant les évolutions de l'Administration de manière générale : même si l'Administration française est estampillée du stigmate de l'« institution figée » dans l'imaginaire collectif, de l'institution en retard sur son temps, il reste qu'elle évolue néanmoins dans des proportions atténuées par sa stabilité particulière. C'est ce carcan de l'intérêt général, idéologie maîtresse maintenue en vie par le sommet de la hiérarchie administrative, qui estompe les effets de cette évolution, mais elle existe bien. Sans doute d'ailleurs les principes et valeurs de l'Administration découlant du sommet jouent un rôle de soupape en canalisant les évolutions provenant des contacts entre les échelons inférieurs de l'Administration et le public, ce que J. CHEVALLIER exprime de la manière suivante : « *Les fonctionnaires, pris dans le carcan rigide de l'institution administrative, corsetés par l'obligation de réserve, s'expriment peu : le monopole de la parole et de l'écrit est détenu, dans la fonction publique, par ceux qui sont placés ou bien au sommet de la hiérarchie, ou bien en marge de l'appareil* »[867].

[867] CHEVALLIER (J.), *L'idéologie des fonctionnaires : permanence et/ou changement*, in *Discours et idéologie*, CURAPP, PUF, 1980, p. 3.

Aujourd'hui particulièrement, avec les réformes récentes, on tend à voir de plus en plus ces inflexions prendre le dessus sur l'idéologie de l'intérêt général, ce qui nous conduit vraisemblablement vers une forme d'anomie administrative pour reprendre les mots de G. DUMONT.

Un autre facteur trop souvent occulté réside dans le fait que l'unité et la permanence de l'Administration en tant qu'institution est davantage un symbole qu'une réalité. En effet, l'Administration est en fait constituée de plusieurs institutions aux « univers » propres. Chacune de ces institutions a une consistance propre dans la mesure où « *isolée du reste de la société par des frontières, par des barrières, qui délimitent son champ d'intervention et définissent son « ressort », elle tend à déployer un discours spécifique, visant à garantir sa légitimité vis-à-vis des agents* »[868].

Lorsque l'on associe ce facteur au fait que les systèmes de représentation des fonctionnaires (malgré une certaine constance) ont changé, cela donne une Administration dont « l'enveloppe » est restée quasiment inchangée mais dont le contenu a été (et continue d'être) profondément transformé.

Dans la plupart des études sur l'Administration française en date des années 80, deux types d'agents publics sont évoqués : les agents élus et responsables et les agents nommés et dotés de stabilité. Déjà cette distinction entraînait comme conséquence des légitimités et des représentations différentes. Or, on ne peut plus désormais parler de la fonction publique et de l'Administration sans évoquer les agents contractuels qui tendent à être de plus en plus nombreux en raison des avantages que présente ce mode de recrutement[869].

La problématique qui apparaît alors réside dans le fait que ces agents ne sont pas des fonctionnaires. Pourtant ce sont eux qui contribuent – par reproduction – à maintenir cette stabilité de l'idéologie de l'intérêt général. J. CHEVALLIER explique sur ce point que « *Le système de représentations des fonctionnaires présente une constance évidente : non seulement le changement du contexte extérieur, de la réalité sociale ou politique, ne modifie que lentement des représentations fortement ancrées, mais encore, et surtout, l'idéologie des fonctionnaires reste*

---

[868] CHEVALLIER (J.), *L'idéologie des fonctionnaires : permanence et/ou changement*, in *Discours et idéologie*, CURAPP, PUF, 1980, p. 6.

[869] Voir notamment : CONSEIL D'ÉTAT, *Le contrat, mode d'action publique et de production de normes*, Rapport public 2008 ; CONSEIL D'ÉTAT, *Cycle d'études Droit du travail et droit de la fonction publique* in *Colloque inaugural Dynamiques normatives et jurisprudentielles*, 17 janvier 2014 intervention de J.-M. SAUVÉ.

Voir également : Actes de colloque sur *La contractualisation en droit public : bilan et perspectives*, RFDA 2018, p. 201 ; TOUZEIL-DIVINA (M.), *Travaillisation ou privatisation des fonctions publiques*, AJFP, 5/2010, p. 228 ; DIDIER (J.-P)., *Une fonction publique sans fonctionnaires ?*, JCP Administrations et Collectivités territoriales, n° 17, 26 Avril 2011, p. 2170 ; BARRAUD (B.), *De la sécurisation par la banalisation : étude critique des dernières évolutions législatives de la fonction publique contractuelle*, AJFP 2013, p.143 ; LESSI (J.), DUTHEILLET DE LAMOTHE (L.), *Être ou ne pas être un contrat*, AJDA 2015, p. 1413.

dans tous les cas bâtie sur un fonds commun de représentations, d'images symboliques, qui survivent aux bouleversements les plus profonds »[870].
Si l'on remplace progressivement les fonctionnaires par des agents contractuels, cette idéologie tend naturellement à s'estomper pour être remplacée par de nouvelles valeurs, moins ancrées dans les mœurs et donc moins stables.

Selon J. CHEVALLIER, « *l'idée traditionnelle selon laquelle les fonctionnaires sont les dépositaires et les gardiens de l'intérêt général de la société, qu'ils doivent défendre contre la pression des intérêts particuliers, a fait place à une conception plus nuancée. À la base de l'intérêt général, on trouve nécessairement les intérêts particuliers : le rôle des fonctionnaires est de mettre ces divers intérêts en balance, afin de parvenir au meilleur équilibre possible. Et, à l'inverse, l'intérêt général ne saurait être envisagé sans référence aux intérêts particuliers dont il est le produit, l'émanation, la projection. À la réhabilitation des intérêts particuliers correspond une certaine désacralisation de l'intérêt général* »[871].

Le recours de plus en plus fréquent à la contractualisation n'invalide pas ce raisonnement, mais pose la question du rôle des agents publics au sens large – pas uniquement celui des fonctionnaires. Car si l'idéologie de l'intérêt général fonde la fonction publique titulaire, est-ce encore le cas pour la fonction publique contractuelle ? Alors même qu'elle ne correspond pas au même cadre ? La contractualisation des agents publics entraîne comme conséquence l'entrée de nouvelles valeurs, issues de la société civile, au sein de la fonction publique. Il ne s'agit pas non plus de dire que la fonction publique d'il y a quarante était hermétique aux valeurs extérieures, mais il est certain qu'elle y était beaucoup moins sensible.

En outre, nous ne sommes pas tout à fait d'accord avec le lien qu'effectue J. CHEVALLIER entre intérêt général et intérêts particuliers, selon nous l'intérêt général n'est pas simplement le produit d'un tri entre les intérêts particuliers et d'une recherche d'équilibre, c'est un concept différent, situé sur un autre plan et qui ne peut être comparé à celui des intérêts particuliers. Certes, il existe parfois des points communs entre intérêt général et intérêts particuliers, mais ce n'est pas pour autant que l'intérêt général est une émanation des intérêts particuliers.

Pour que cette hypothèse se vérifie, il faudrait selon nous que l'intérêt général tienne compte des intérêts particuliers, or ce ne devrait jamais être le cas. Prenons l'exemple des nombreuses réformes des retraites, qui causent chaque fois tant de tumulte et génèrent de nombreux mécontentements : au regard de l'évolution de la société, de l'augmentation constante de la démographie, de l'allongement de l'espérance de vie et de la situation économique de l'État,

[870] CHEVALLIER (J.), *L'idéologie des fonctionnaires : permanence et/ou changement*, in *Discours et idéologie*, CURAPP, PUF, 1980, p. 10.
[871] CHEVALLIER (J.), *L'idéologie des fonctionnaires : permanence et/ou changement*, in *Discours et idéologie*, CURAPP, PUF, 1980, p. 48.

ces réformes visant souvent à retarder l'âge d'entrée à la retraite apparaissent être d'intérêt général puisqu'il s'agit de la pérennité de l'équilibre de la branche retraite de la sécurité sociale sur le long terme. Pourtant, l'immense majorité des intérêts particuliers s'oppose à cette vision précise de l'intérêt général dans la mesure où elle entre directement en contradiction avec ces derniers ; travailler plus longtemps ne constitue pas le souhait des individus pris dans la majorité.

Dans cet exemple, si l'intérêt général tenait compte des intérêts particuliers, aucune de ces réformes ne verrait le jour.

Cela étant, les tendances récentes montrent effectivement que les intérêts particuliers gagnent en importance et influencent de plus en plus le sens des réformes étatiques. Le cas de la décision implicite en est l'une des illustrations les plus parlantes. Pour autant, nous ne considérons pas que cela signifie que l'intérêt général tend à s'aligner de plus en plus sur les intérêts particuliers mais bien que les intérêts particuliers servent de plus en plus souvent de fondement aux réformes et autres évolutions sociales (ce que l'on peut rattacher au phénomène général de subjectivisation du droit administratif). La nuance n'est pas évidente, mais elle existe bien. C'est davantage l'idéologie de l'intérêt qui perd progressivement de sa substance et a de plus en plus de mal à s'imposer dans le contexte actuel.

Pour reprendre la pensée de L. NIZARD, l'intérêt général n'est donc plus vraiment l'apanage, le monopole, des seuls fonctionnaires[872]. Selon l'auteur, ce phénomène provient du fait que les administrés participent désormais à la définition de l'intérêt général. Nous restons persuadés du danger de cette vision de l'intérêt général. Confondre l'intérêt général avec les intérêts particuliers, ce n'est pas simplement remplacer un concept par un autre, c'est fusionner deux concepts qui n'ont rien à voir entre eux (le fait que les intérêts se recoupent parfois donne l'illusion qu'ils sont très liés) et donc mettre sur un pied d'égalité les intérêts particuliers avec l'intérêt général. En tout cas, par un effet d'assimilation, cela permet à des intérêts particuliers dominants à un moment donné de devenir la norme générale, de devenir l'intérêt général. Sans être intrinsèquement dangereux, il existe néanmoins un risque important au regard de la stabilité de la société, et surtout au niveau du transfert de légitimité qui intervient au moment où les intérêts particuliers deviennent l'intérêt général. Le fait de multiplier les sources d'intérêt général nuit d'emblée au fondement même du concept, censé être un concept unificateur.

Un dernier facteur d'inflexion que nous pouvons citer, et non des moindres, peut être trouvé dans la logique d'efficacité – déjà relevé dans les années 80 par J. CHEVALLIER – qui force l'Administration à remettre profondément en cause ses structures et méthodes. En effet,

[872] NIZARD (L.) *in* Cujas, 1972, p. 442 et « *Planification, processus décisionnel et changement : le cas français* », bull. I.I.A.P., n°24, oct.-déc. 1972, p. 673.

il s'agit sans doute d'un facteur encore plus visible aujourd'hui qu'il ne l'était dans les années 80, mais les valeurs dominantes de la fonction publique ont effectivement évolué et apparaissent désormais tournées vers l'action et le changement[873].

Ces logiques proviennent d'abord de la sphère privée et sont aujourd'hui attendues par les administrés, il s'agit d'une nouvelle norme où l'Administration est censée atteindre les mêmes standards de qualité et d'efficacité que les entreprises privées, ce qui génère des problèmes évidents tant cela va à contre-courant du mode de fonctionnement de l'Administration. Nous l'avons dit, la célérité n'est pas le mode normal de fonctionnement de l'Administration, pourtant de nos jours, les exigences d'efficacité et de qualité sont très fortement liées à la célérité. C'est un fait, notre société évolue dans une direction qui place la rapidité d'exécution/de traitement au-dessus de la qualité malgré les discours tendant à chercher un équilibre (que l'on appelle efficience). À choisir, l'administré préfèrera souvent être *servi* rapidement que qualitativement, si cela suppose un traitement plus lent.

Pour reprendre l'analyse de J. CHEVALLIER dans les années 80, « *le rapprochement du public et du privé, ainsi que l'engagement aux côtés de certaines forces économiques et sociales, révèlent la dévalorisation des idées d'éloignement et de distanciation sur lesquelles les fonctionnaires fondaient auparavant leur autorité sociale. Ils ne remettent pas pour autant en cause la structure profonde de leurs représentations : loin de perdre le sens du sacré, les fonctionnaires gardent l'image de l'État chevillée en eux ; quant au processus d'autolégitimation, s'il renforce leur position par rapport aux élus, il ne modifie pas leur situation vis-à-vis de la société et de l'État. L'intérêt général reste bien l'idéologie-matrice sur laquelle s'appuie leur système de représentation* »[874].

Les évolutions de l'Administration que constate l'auteur dans les années 80 ne remettent pas en question la place de l'idéologie de l'intérêt général au sein de l'Administration. Aujourd'hui, alors que ces évolutions se sont poursuivies et ont été exacerbées avec le temps, nous mettons en doute cette place. Sans doute l'idéologie de l'intérêt général est-elle toujours aussi vigoureuse dans les hauts échelons de la fonction publique du fait d'une certaine imperméabilité aux influences extérieures des institutions formant les hauts fonctionnaires, mais au sein de la force vive de l'Administration, nous ne sommes pas si sûrs de la réalité de l'influence de l'idéologie de l'intérêt général.

D'ailleurs, il suffit de regarder les chiffres actuels pour se rendre compte que le contexte de la fonction publique n'a plus grand-chose à voir avec celui d'il y a quarante ans. En effet

[873] CHEVALLIER (J.), *L'idéologie des fonctionnaires : permanence et/ou changement*, in *Discours et idéologie*, CURAPP, PUF, 1980, p. 52 et 55.
[874] CHEVALLIER (J.), *L'idéologie des fonctionnaires : permanence et/ou changement*, in *Discours et idéologie*, CURAPP, PUF, 1980, p. 58.

selon un rapport de 2014[875], il n'y avait au 31 décembre 2012 *que* 13.542 hauts fonctionnaires[876]. Pourtant, lorsqu'on regarde les chiffres proposés par le ministère de la fonction publique, au 31 décembre 2017, il y avait au total 3,841 millions de fonctionnaires[877] (nombre qui continue de baisser sous l'effet de la contractualisation). La proportion des hauts fonctionnaires – derniers garants de l'idéologie de l'intérêt général – apparaît sans doute trop faible pour pouvoir influencer toute une institution, dont une bonne partie des membres n'est aujourd'hui plus issue des canaux de formation traditionnels.

En conclusion, il est possible de constater que les fonctionnaires et leurs valeurs fondamentales évoluent à une vitesse relativement rapide, en fonction de la société, mais que les hauts fonctionnaires continuent de faire survivre des valeurs traditionnelles, plus profondément ancrées dans la culture administrative historique. Même si ces derniers sont moins nombreux, ils sont également plus influents (notamment à cause du fait qu'ils ont un rôle politique donc plus de « légitimité »).

Finalement, on passe d'un cadre idéologique très rigide à une absence de cadre quasi-totale, sans qu'il n'y ait eu véritablement d'entre-deux, ce qui nuit évidemment à la cohérence générale et rend l'adaptation aux évolutions hasardeuses. D'autres valeurs empiètent sur le domaine de l'intérêt général et tendent à le brouiller sans forcément le remettre complètement en question. Toutefois, on relève que les tentatives de recherche d'équilibre entre l'intérêt général et ces nouvelles valeurs ne sont pas nécessairement évidentes, et parfois même contre-productives.

La conséquence de la confrontation entre les valeurs anciennes et profondément ancrées bénéficiant d'une influence réelle en déclin et les nouvelles valeurs, disparates et aux fondements instables, bénéficiant d'une adhésion beaucoup plus large, entraîne un effet paralysant de l'évolution potentielle de l'Administration française, qui ne sait plus comment se positionner pour trouver un point d'équilibre entre rigueur et rapidité. De ce point de vue, la généralisation de la décision implicite d'acceptation paraît compromise.

[875] Voir le rapport : *L'encadrement supérieur et dirigeant de l'État*, juillet 2014.
[876] Les chiffres récents trouvés sur internet varient entre 15 et 20 000 mais leur fiabilité nous apparaît douteuse. Voir : DGAFP, *L'encadrement supérieur et dirigeant dans les trois versants de la fonction publique*, février 2015. Rapport en ligne : https://www.fonction-publique.gouv.fr/lencadrement-superieur-et-dirigeant-dans-trois-versants-de-la-fonction-publique.
[877] Voir le rapport annuel de la Direction générale de l'administration de la fonction publique de 2019.

B. L'importance particulière donnée à la procédure

L'autre frein important à un usage plus fréquent de la décision implicite se trouve dans l'attachement tout particulier que voue l'Administration française à la procédure. Ce formalisme tant décrié est pourtant un signe caractéristique de notre Administration et s'en éloigner s'avère difficile. L'une des raisons que l'on peut avancer pour justifier cet attachement réside dans une sorte d'assimilation du formalisme à la qualité du service rendu : l'existence d'une procédure matérielle permet de conserver des traces et d'enfermer ce service dans un cadre rigoureux et donc plus sécurisant **(1)**. C'est donc assez logiquement que la décision implicite constitue aujourd'hui, dans la majorité des cas, un indicateur négatif de qualité du service **(2)**, ce mode ne permettant pas d'octroyer autant de garanties que le mode exprès et étant davantage le marqueur d'un dysfonctionnement.

1) L'assimilation du formalisme à la qualité du service

Nous ne reviendrons pas ici sur ce qui a déjà été dit concernant le lien entre formalisme et principe de bonne administration[878]. En revanche, il convient de s'intéresser aux autres raisons attribuant à ce formalisme administratif un caractère central en droit public.

Avant toute chose, il semble opportun de préciser ce que l'on entend par « formalisme ». Ici, plutôt que d'aborder la notion sous l'angle du concept philosophique[879] – qui oppose la forme au fond –, nous nous focalisons sur l'opposition entre forme et absence de forme, donc au sens littéral. Également, il faut entendre le formalisme comme étant celui auquel est soumise l'Administration dans les actes qu'elle prend à l'égard des administrés. Il est d'ailleurs assez intéressant de constater que le formalisme administratif, peut être entendu de diverses manières selon le destinataire de ces règles : l'administré a tendance à critiquer le formalisme administratif auquel il est soumis, tandis qu'il trouve sécurisant celui auquel est soumise l'Administration. Comme le relève S. SAUNIER dans sa thèse, le terme « formalisme » possède souvent une connotation péjorative, parfois chez les administrativistes eux-mêmes[880]. Cette opinion, quoique majoritaire[881] reste cependant nuancée. Ainsi J.-.F. LACHAUME, sur lequel s'appuie S. SAUNIER dans sa démonstration, considère que le formalisme n'a pas, en droit administratif « *au même degré tout au moins, le caractère péjoratif que les dictionnaires spécialisés accolent au terme* »[882].

[878] Voir *supra*, p. 155 et s.
[879] SAUNIER (S.), *Recherche sur la notion de formalisme en droit administratif français*, PUAM 2007, tome 1, p. 65.
[880] SAUNIER (S.), *Recherche sur la notion de formalisme en droit administratif français*, PUAM 2007, tome 1, p. 285.
[881] Voir par exemple : ARNAUD (A.-J.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, LGDJ, coll. Anthologie du droit, 1ère édition, 2018, V° « formalisme juridique », p. 269 ; BAYLAC (C.), *Le formalisme en droit fiscal*, , p. 18.
[882] LACHAUME (J.-F.), *Le formalisme*, AJDA 1995, n° spécial, p. 133.

Il pourrait alors sembler discutable de vouloir considérer que le formalisme puisse être perçu comme étant un critère de qualité de l'action administrative, c'est la raison pour laquelle il est primordial de conserver à l'esprit qu'il s'agit ici du formalisme auquel est soumise l'Administration qui est à l'étude.

Le fait est que cette connotation péjorative du formalisme est ce qui nuit aujourd'hui le plus à la notion et à son développement potentiel en un critère de qualité. Avec la multiplication des réglementations visant à assurer le plus de transparence administrative possible, la marge de manœuvre dont dispose l'Administration pour exercer son pouvoir se trouve largement réduite. Cela entre en opposition directe avec son rôle de garante de l'intérêt général. Selon l'opinion de Ch. DEBBASCH, « *dès lors que l'intérêt général est en jeu, la volonté de l'Administration doit pouvoir recevoir plein effet quelle que soit la forme sous laquelle elle se manifeste* »[883]. Or, on constate dans la pratique que ce n'est pas vraiment le cas. Le formalisme et la réglementation tendent à entraver la volonté de l'Administration.

De plus, l'importance donnée à l'administré dans la relation Administration/administré justifie en grande partie ce phénomène dans la mesure où la réponse expresse est en quelque sorte considérée comme faisant partie intégrante du service. Le fait de répondre explicitement semble être considéré comme la norme, que ce soit pour l'Administration ou pour l'administré. Sachant que la place donnée à l'administré est de plus en plus centrale et que le principe de qualité du service tend à être pris en compte de plus en plus souvent dans le service public, il y a un risque de voir s'accentuer le formalisme.

Ce phénomène n'est cependant pas nouveau car en parallèle de l'évolution de la décision implicite, l'exigence de formalisme a été accrue au fur et à mesure des réformes, notamment en ce qui concerne l'obligation de motivation, ce qui peut sembler contradictoire. Quand bien même le principe est toujours celui de la non-obligation de motivation des décisions administratives, le nombre de celles soumises à une telle obligation s'est néanmoins accru, notamment par l'effet de la loi du 11 juillet 1979 relative à la motivation des actes administratifs et à l'amélioration des relations entre l'administration et le public qui a élargi les domaines de l'obligation de motivation.

Au-delà de la notion de qualité, le formalisme est également assimilé à la matérialité de l'acte et est perçu par les administrés comme une garantie plus forte, une preuve de l'acquisition d'un droit (en cas de décision d'acceptation) ou d'un droit de recours (en cas de décision de rejet). Car dans les faits, si l'Administration est soumise globalement aux mêmes règles

[883] DEBBASCH (Ch.), *Les modes non formels d'expression de la volonté de l'administration en droit français*, in *Les modes non formels d'expression de la volonté*, Travaux de l'Association H. CAPITANT, Dalloz, Paris, 1968, tome XX, spéc. p. 264.

qu'il s'agisse d'une décision implicite ou expresse, il reste que dans la réalité de la pratique, il est bien moins fréquent qu'une décision implicite soit, par exemple, rendue avec l'indication des voies et délais de recours (a fortiori depuis la jurisprudence "*Czabaj*"). D'autant que dans certains cas, comment faire valoir un droit sans aucune preuve matérielle ? Dans le cas d'une décision implicite d'acceptation, comment faire valoir auprès de l'Administration son droit quand la décision existe mais n'a aucune existence matérielle ? Il existe donc un facteur sécurisant que ce soit dans la matérialité des actes administratifs ou dans les obligations réglementaires et légales que doit respecter l'Administration, donc dans le formalisme administratif entendu au sens large.

À ces constats nous pouvons ajouter un dernier phénomène : l'exigence de célérité. En effet, afin d'éviter la lenteur administrative, les règles de transparence étaient auparavant limitées, puisqu'elles imposent un formalisme accru et donc des procédures plus longues. Il est curieux de constater sur ce point que la recherche d'équilibre entre sécurité juridique/bonne administration et célérité se traduit par des réformes contradictoires, démontrant toute la difficulté à dépasser le formalisme administratif. D'un côté, on cherche à réduire les lenteurs administratives en généralisant la décision implicite à de plus en plus de domaines et en sacrifiant quelque peu la transparence, de l'autre on soumet de plus en plus de domaines à des obligations de formalisme afin de garantir plus de transparence, au prix d'une baisse de célérité.
Globalement, le résultat de cette évolution est mitigé dans la mesure où rien n'a fondamentalement changé. L'Administration est toujours peu performante (en tout cas lorsqu'on la compare à d'autres administrations étrangères[884]), et sa lenteur reste l'une de ses caractéristiques déterminantes.

Dans ce contexte, il est difficile pour la décision implicite de s'intégrer valablement dans ce système où la règle et le formalisme règnent en maîtres, a fortiori quand le silence de l'Administration est perçu comme un indicateur de dysfonctionnement.

2) La décision implicite comme indicateur négatif de qualité

Par effet de ricochet, la décision implicite est aujourd'hui assez largement considérée comme la conséquence d'une défaillance de l'Administration, c'est du moins ce qui ressort de nos divers entretiens avec des cadres de la fonction publique. Le fait de répondre à un admi-

[884] Malgré la fiabilité toute relative des classements due à des indicateurs de gouvernance complexes, la France est rarement bien classée (Voir : VAN DE WALLE (S.), *Peut-on mesurer la qualité des administrations publiques grâce aux indicateurs de gouvernance ?*, RFAP 2005/3, n° 115, pp. 435-461 ; KNACK (S.) & MANNING (N.), *Towards Consensus on Governance Indicators : Selecting Public Management and Broader Governance Indicators*, Banque mondiale, 2000).

nistré de manière implicite est perçu comme un dysfonctionnement dans la mesure où, en pratique, il traduit souvent une absence d'étude du dossier en question, faute de temps ou de moyens[885].

Du point de vue de l'Administration[886], les opinions varient mais globalement la décision implicite – et donc l'absence de formalisme – est rarement tolérée lorsqu'elle n'est pas le fruit d'un choix volontaire d'y recourir.
L'une des raisons justifiant cette manière de considérer la décision implicite peut sans doute être trouvée dans l'influence de plus en plus grande des démarches de qualité, importées du secteur privé, dans le secteur public.

En effet, ces exigences relativement nouvelles appliquées aux services publics et à l'Administration de manière générale tendent généralement vers la réduction des erreurs de traitement de dossiers et la rapidité de traitement, deux critères pour lesquels la décision implicite a un impact plutôt négatif. Michel AMIEL relève cinq grandes batteries d'indicateurs [887] : les indicateurs de perception : indicateurs de satisfaction générale ne se rattachant pas à une attente précise, critère d'impression globale ou encore de ressenti ; les indicateurs de rapidité : diligence, vélocité, vitesse, promptitude à réagir ; les indicateurs de fiabilité : confiance et respect des engagements pris, sécurité, assurance ; les indicateurs de disponibilité : mise à disposition, réactivité, présence, considération ; les indicateurs de confort : facilité, simplicité, commodité, simplification. On remarque donc la tendance générale d'assimilation entre la qualité/efficacité des administrations et le taux de satisfaction des usagers, ce qui n'est pas anodin dans notre manière de percevoir l'Administration et sa qualité.

Il apparaît que la décision implicite, telle qu'elle est conçue en droit public, entre en contradiction avec la plupart des indicateurs cités. Même s'ils ne sont pas transposés tels quels dans la démarche de qualité appliquée à l'Administration, il semble à première vue compromis de parvenir à intégrer la décision implicite dans ces facteurs de qualité, même généraux.
La décision implicite, qu'elle soit d'acceptation ou de rejet, s'oppose par nature aux indicateurs de rapidité dans la mesure où elle ne naît qu'à l'expiration d'un délai fixe et irréductible. Cependant, il est possible de considérer que ce délai peut dans certains cas être potentiellement plus rapide que si l'Administration avait répondu de manière expresse.

---

[885] Nous revenons plus en détail sur ce point dans la dernière sous-partie, voir *infra* §2, B, p. 302.
[886] Basé sur nos entretiens avec les responsables des services juridiques de la DEVU, de Nantes Métropole, du SRE ainsi que du service des pensions et validations des retraites rattaché au Ministère de l'Éducation nationale.
[887] AMIEL (M.), *La qualité de services dans les administrations publiques : un défi du changement*, CERAP, revue Pyramides, 7 | 2003, pp. 149-164. [En ligne] mis en ligne le 26 septembre 2011, consulté le 07 mars 2020. URL : http://journals.openedition.org/pyramides/422.

Plus problématique, la décision implicite paraît être également incompatible en essence avec les indicateurs de fiabilité, disponibilité et éventuellement de confort. Pas nécessairement parce qu'elle s'oppose directement à ces exigences, mais plutôt parce qu'elle en complique l'évaluation : difficile en effet de contrôler la réactivité ou la confiance lorsque l'Administration conserve le silence. Par défaut, l'administré préfèrera juger ce comportement négativement car il est synonyme d'opacité : dans le cas d'une décision expresse, il se doute que l'Administration a étudié le dossier qui lui était soumis, dans le cas d'une décision implicite, le doute est toujours permis.
En l'état actuel des choses, il est donc difficile d'imaginer intégrer la décision implicite dans cette démarche de qualité qui tend à influencer de plus en plus la gestion dans le secteur public. La connotation généralement négative de la décision implicite ne rend pas la tâche plus aisée.

En définitive, la conjonction des deux phénomènes étudiés conduit à nouveau à une sorte de *statu quo* qu'il semble difficile de pouvoir rompre ; d'un côté malgré son affaiblissement l'idéologie de l'intérêt général continue d'influencer le fonctionnement administratif, freinant le développement de la décision implicite dont les garanties actuelles ne sont a priori pas suffisantes du point de vue de cette idéologie, et d'un autre côté, l'apparente incompatibilité entre célérité et formalisme paraît être insurmontable, en théorie du moins, et la décision implicite s'insère mal dans les problématiques de qualité concernant l'Administration.
Néanmoins, il semble pertinent de s'interroger sur le potentiel du rôle de la décision implicite dans la modernisation de l'action publique, si cette modernisation peut se faire le reflet d'une mesure de qualité[888].

§2. Une conception pratique de la décision implicite très éloignée des ambitions théoriques

Lorsque l'on confronte la pratique de la décision implicite à sa théorie, il en ressort des résultats surprenants. La pratique déforme presque toujours la théorie dans une certaine mesure, la décision implicite ne fait pas exception à ce constat. Il est possible de remarquer dans un premier temps qu'il existe un usage varié de la décision implicite au sein des différentes administrations, avec des résultats qui varient également entre eux **(A)**. Il n'existe a priori pas de norme dans l'utilisation qui est faite de la décision implicite, ce qui nous permettra de développer ici l'idée selon laquelle la manière de considérer la décision implicite est largement dépendante de la « culture » propre à chaque administration. Dans un second temps, nous faisons le constat de nombreuses dérives – entendre par là un usage qui n'est pas l'usage prévu – dans la manière de recourir à la décision implicite **(B)**. L'idée n'est évidemment pas ici de porter un jugement de valeur mais bien d'identifier quelques-uns des usages de la décision

[888] Voir : PAULIAT (H.), *La modernisation de l'action publique réside-t-elle dans la mesure de la qualité des services publics ?*, JCP 2012, n°46, aperçu rapide 763.

implicite relativement éloignés de l'objectif initial de simple liaison du contentieux afin d'en montrer les conséquences, parfois contre-productives.

A. Un usage varié de la décision implicite au sein de l'Administration

Il ressort de nos différentes rencontres avec les administrations que nous avons citées précédemment[889] que l'usage de la décision implicite est varié et dépend beaucoup du rapport qu'entretient chaque administration avec ses usagers. Les points de vue concernant l'utilité et la signification de la décision implicite sont en fait pléthores pour une simple raison : contrairement au point de vue doctrinal du mode implicite, celui des administrations est exclusivement empirique.

Un fait intéressant que nous avons pu relever réside dans le constat que pour l'immense majorité des agents publics que nous avons pu interroger, la distinction entre décision implicite et explicite n'existe quasiment pas : c'est la *décision* qui compte, pas le *mode*. Ou, dit autrement, le mode explicite est le mode privilégié, le mode « normal » de réponse, à tel point que la décision implicite constitue soit une anomalie de fonctionnement, soit une *volonté* de ne pas répondre, pour des raisons stratégiques que nous allons évoquer par la suite. La nuance se situe dans l'« idée » que se font la plupart des agents publics de la décision administrative : une décision implicite est souvent dans la pratique une volonté de ne pas prendre de décision (pour des raisons souvent politiques, de contentieux ou de responsabilité). Il ne faut donc pas en déduire un déni d'administration, puisque la décision sera prise dans tous les cas mais il ne s'agit pas d'une décision que l'on pourrait appeler « traditionnelle » dans l'idée que s'en fait l'agent public. D'où l'idée d'une distinction relative entre implicite et explicite.

Pour illustrer ce propos, nous pouvons nous appuyer sur un entretien au Service des retraites de l'État (SRE) à Nantes le 28 novembre 2019[890], où nous avons pu apprendre que le silence n'est pas toujours nécessairement perçu comme une sanction par l'Administration mais davantage comme un outil. Cela étant, il convient avant toute chose de préciser que le SRE n'est que très peu soumis au mécanisme de la décision implicite, et pas du tout au régime de l'acceptation implicite.
En effet, d'une part s'agissant de la gestion des pensions des agents publics en retraite, les décisions présentent toujours un caractère financier (ce qui constitue une exception posée par

[889] Voir *supra*, note de bas de page n° 883.
[890] Avec messieurs Karim SAMJEE (chef de bureau des Affaires juridiques), Julien DÉTAIS (adjoint du bureau des Affaires juridiques – contentieux) et Gaël JOUHIER (adjoint du bureau des Affaires juridiques – Réglementation).

la loi[891]) et, spécificité du SRE, les pensionnés sont assimilés en droit à des agents publics (ce qui interroge d'un point de vue théorique dans la mesure où le passage au statut de pensionné signifie normalement une radiation des cadres), les décisions prises entre l'administration et ses agents constituant une autre exception législative[892].

Il convient d'ajouter à ce propos que M. SAMJEE défend l'idée selon laquelle la célérité n'est pas le mode classique de fonctionnement de l'Administration, or la décision implicite d'acceptation (plus que son pendant négatif) est une extrapolation du mécanisme originel de la décision implicite visant précisément à accroître la célérité de l'Administration active. Force est d'admettre que cela se vérifie d'un point de vue historique ; l'Administration française est connue pour sa lourdeur et sa lenteur, la faute à un formalisme exacerbé.
C'est précisément l'objet de ce travail de recherche que d'envisager la manière d'intégrer la décision implicite, a fortiori la décision implicite d'acceptation, dans un système n'octroyant qu'une place illusoire à l'absence de formalisme.

Malgré le fait que le silence ne soit pas un des modes de réponse privilégiés par le SRE dans sa relation à l'administré, un point intéressant a néanmoins été soulevé concernant la manière de recourir à la décision implicite dans les rares cas échéants.

En premier lieu – nous pourrions presque dire classiquement – nous retrouvons l'oubli de traiter la demande dans les délais, lorsque le volume de dossiers à traiter dépasse les moyens nécessaires à leur examen. Dans ce cas, il est possible de voir des décisions implicites de rejet naître après l'expiration des délais légaux.

En second lieu, et c'est davantage ici que réside l'intérêt pour notre réflexion, lorsque le recours à la décision implicite est volontaire, le SRE recourt à la décision implicite dans trois hypothèses : pour faciliter la défense de l'Administration en cas de contentieux, en cas de réclamation de masse et lorsqu'il existe un enjeu politique.

Dans le premier cas, l'implicite permet de s'affranchir des règles de formalisme et donc de conserver des moyens de défense au contentieux ou contre certains administrés procéduriers. En effet, il apparaît que le contentieux devient de plus en plus complexe dans la mesure où les administrés disposent aujourd'hui de nombreuses sources d'information et d'avocats spécialisés.

[891] L'article 21 du Code des relations entre le public et l'Administration dispose dans son I, premier alinéa que « *Le silence gardé pendant deux mois par l'autorité administrative sur une demande vaut décision d'acceptation* », nuancé par le 3° qui ajoute sauf « *Si la demande présente un caractère financier sauf, en matière de sécurité sociale, dans les cas prévus par décret* ».
[892] De la même manière, dans le même article au 5° la loi dispose que le premier alinéa n'est pas applicable « *Dans les relations entre les autorités administratives et leurs agents* ».

Dans ces cas-là, le maintien du silence permet à l'Administration d'éviter de donner le bâton pour se faire battre avant même l'introduction du contentieux.
Le numérique étant également de plus en plus présent aujourd'hui au sein des procédures administratives, cela vient renforcer encore davantage la complexité du contentieux. M. SAMJEE s'est appuyé sur l'exemple du contentieux lié à l'Agence nationale des titres sécurisés (ANTS) pour lequel neuf fois sur dix les décisions sont favorables à l'administré lorsqu'il y a un contentieux, ce qui s'explique par le fait que l'Administration manque d'expertise dans le domaine du numérique pour pouvoir appréhender de manière satisfaisante le contentieux qui en résulte.

Dans le deuxième cas, le choix de l'implicite dans une hypothèse de réclamation de masse (certes peu courante) est justifié par le souci de limiter les dépenses de pensions lorsque l'affaire est perdue. En effet, la décision implicite de rejet joue alors un rôle de filtre majeur dans la mesure où la jurisprudence "*Czabaj*" ne s'applique pas aux agents de l'État dans leur relation avec ce dernier. Or nous avons vu que le statut de pensionné est assimilable à celui d'agent public, toute contestation doit donc être effectuée dans un délai de deux mois après notification de la décision à son destinataire[893].
L'exemple donné ici était celui du contentieux de série concernant l'égalité homme/femme au niveau des retraites[894].

Enfin, dernier motif mentionné par M. SAMJEE lors de l'entretien, l'implicite peut être le choix de l'Administration lorsque cette dernière est mal à l'aise politiquement sur une question donnée et qu'il existe une crainte que l'affaire puisse se retrouver devant le Défenseur des droits. Cette institution tend effectivement à prendre de plus en plus d'importance dans le paysage juridique du fait que les mesures qu'elle prend sont publiées au Journal Officiel et possèdent donc une légitimité non négligeable. Aucune administration ne souhaite se retrouver affichée au JO par le Défenseur des droits, la décision implicite permet donc d'éviter de prendre position officiellement.

---

[893] Voir : CE Avis, 30 janvier 2019, n° 420797, notamment au point 11 : « Cette règle [v*alant qu'un délai de recours de deux mois court à compter du 1er janvier 2017, contre toute décision implicite relevant du plein contentieux qui serait née antérieurement à cette date*] doit toutefois être combinée avec les dispositions de l'article L. 112-6 du code des relations entre le public et l'administration, aux termes desquelles, **sauf en ce qui concerne les relations entre l'administration et ses agents** (L. 112-2 CRPA), les délais de recours contre une décision tacite de rejet ne sont pas opposables à l'auteur d'une demande lorsque l'accusé de réception prévu par l'article L. 112-3 du même code ne lui a pas été transmis ou que celui-ci ne porte pas les mentions prévues à l'article R. 112-5 de ce code et, en particulier, dans le cas où la demande est susceptible de donner lieu à une décision implicite de rejet, la mention des voies et délais de recours.
[894] Voir les arrêts : CE Sect., 11 juin 1999, *Sadin*, n° 167.498, *Rec*. p. 174 ; CE Ass., 28 juin 2002, *Villemain*, n° 220.631, *Rec*. p. 229 ; CE, 5 juin 2002, *Choukroun*, n° 202.667, *Rec*. p. 198 ; CE, 29 juillet 2002, *Griesmar*, n° 141.112, *Rec*. p. 284 ; CE, 29 janvier 2003, *Beraudo*, n° 245.601, *Rec*. p. T. 694 ; CE, 26 février 2003, *Llorca*, n° 187.401, *Rec*. p. 55 ; CAA Lyon, 3 avril 2013, *Léone*, n° 12LY02596 ; CJUE, 17 juillet 2014, *Léone*, n° C-173/13 ; CE Ass., 27 mars 2015, *Quintanel*, n° 372.426.

On se rend dès lors compte de la diversité des usages de la décision implicite, que ce soit en fonction de l'Administration concernée ou du domaine d'activité visé. En effet, le SRE n'est pas la seule administration à recourir ainsi au silence, c'est également ce qui ressort de notre entretien avec Cécile VAN WUIJCHUIJSE, rattachée au Ministère de l'Éducation Nationale. Il n'existe donc a priori pas d'uniformité dans le recours à la décision implicite (outre les cas accidentels). Cela tient au fait que ce mécanisme est considéré comme un outil, mais un outil sans forme ni but prédéfini, et son usage dépend donc d'une certaine politique propre à chaque Administration, intimement liée à une certaine culture mais également à un rapport particulier à l'administré qui varie d'une administration à l'autre.

Lors d'entretiens avec deux magistrats du TA de Nantes[895] (effectués séparément), nous avons pu apprendre que l'administration fiscale recourt également beaucoup à la décision implicite (notamment du fait des procédures de RAPO), de manière volontaire et efficace. À l'inverse, le domaine du droit des étrangers et du contentieux d'attribution des visas et titres de séjour est également fortement concerné par l'usage de la décision implicite, mais de manière beaucoup moins probante. Nous aurons l'occasion de revenir sur ce dernier cas, extrêmement intéressant lorsqu'il s'agit d'observer les faiblesses de la décision implicite d'acceptation ainsi que les risques qu'elle entraîne pour la sécurité juridique[896].

Notre entretien avec M. SAMJEE offre une vision intéressante de ce rapport : la nécessité d'explicitation n'empêche pas l'implicite. Nous avons donc ici une séparation artificielle et empirique de la décision implicite : juridiquement, il s'agit bel et bien d'une décision implicite, affranchie de tout formalisme, mais dans la pratique, on explicite quand même la décision sans qu'il s'agisse d'une motivation au sens des textes. Cela peut se traduire par une explication au destinataire de la décision par le biais d'une conversation téléphonique. Si l'on peut penser qu'une telle méthode nécessite qu'il y ait peu de demandes, la réalité permet de relativiser cette croyance.
C'est là toute la difficulté de l'étude de la pratique de la décision implicite ; s'en tenir à la théorie et aux textes signifie croire qu'un administré destinataire d'une décision implicite n'a pas connaissance des motifs à moins qu'il n'en fasse la demande expresse, dans la pratique, ce n'est pas toujours le cas.

Cela étant, et malgré les usages volontaires de la décision implicite par le SRE, la généralisation du silence ne serait pas tolérable d'un point de vue sociologique pour le directeur des Affaires juridiques. Le travail du SRE ne peut se faire sans prendre en compte la personne, l'humain, dans la mesure où la prise de décision, qu'elle soit négative ou positive, impacte

[895] Messieurs Benjamin CHABERNEAU et François DESIMON.
[896] Voir *infra*, p. 300 et s.

directement l'existence de la personne puisqu'il s'agit d'attribution de pensions. Une généralisation du silence irait donc à l'encontre de la philosophie du rapport qu'entretient le SRE dans son activité avec ses administrés.
Il est possible d'y voir une étape dans l'évolution de la mentalité et des valeurs de l'Administration française – une administration *véritablement* au service de l'usager –, reste alors à identifier s'il s'agit d'un cas isolé ou une tendance à la portée bien plus large, ce que nous étudierons dans la dernière partie de cette thèse[897].

Il est d'ores et déjà possible de remarquer une certaine diversité dans l'usage qui peut être fait de la décision implicite en fonction des administrations. Si les exemples ne sont pas exhaustifs, ils démontrent néanmoins que la décision implicite dans la pratique connaît d'autres usages que ceux prévus par les textes. Il s'agit donc aujourd'hui véritablement d'un outil pouvant jouer tantôt en faveur de l'administré, tantôt en faveur de l'Administration.
Il semble pertinent de relever que dans le premier cas, lorsque c'est l'administré qui profite du mécanisme, le silence intervient dans un but de liaison du contentieux – suite à un dysfonctionnement du système administratif – et remplit donc toujours son rôle originel[898]. En revanche, dans le second cas, la décision implicite s'éloigne de son objectif originel et est utilisée – de manière consciente – par l'Administration à des fins de simplification de certaines procédures contentieuses ou pré-contentieuses.

On note donc une évolution indéniable dans l'utilisation du mécanisme du silence, même si la diversité de ses usages couplée au désintérêt de la doctrine pour son utilité aussi théorique que pratique témoigne de sa difficile appréhension par le droit français. En effet, si l'évolution de cette fiction juridique est visible, de même que son appropriation par certaines administrations, il ne semble pas y avoir de cohérence dans cette évolution. C'est la pratique qui fait évoluer la décision implicite – tantôt dans le sens d'une meilleure appréhension, tantôt dans celui d'une régression –, ce qui donne une impression de chaos ; les acteurs ayant recours à la décision implicite ne comprennent pas véritablement cet outil juridique qui ne paraît pas adapté à notre système administratif et y recourent en fonction des opportunités, sans suivre de ligne directrice particulière.

[897] Voir *infra*, Titre 2, p. 310 et s.
[898] Même s'il est vrai que les conséquences d'une telle hypothèse de silence-rejet n'avaient sans doute pas été anticipées et posent problème (notamment dans le cas des annulations quasiment automatique par le juge administratif, en droit des étrangers par exemple).

B. Des dérives dans le recours à la décision implicite

Si la décision implicite offre une certaine flexibilité à l'Administration par certains de ses usages, le mécanisme connaît aussi des dérives, que l'on peut aisément qualifier de failles, tendant une fois de plus à démontrer la difficile appréhension du mécanisme de l'implicite dans la pratique.

Une bonne illustration de ces dérives nous est offerte par le Tribunal administratif de Nantes[899], essentiellement en ce qui concerne le contentieux du droit des étrangers, notamment lié à l'obtention de visas. Dans ce domaine, une décision implicite de rejet résultant d'un recours devant la Commission de recours contre les refus de visas (CRRV) est souvent sanctionnée par une annulation dans la mesure où le Tribunal estime que la Commission n'a pas suffisamment étudié le dossier. La décision implicite n'a donc dans ce cas pas été prise de manière « consciente » par l'Administration mais est davantage le signe d'un dysfonctionnement.
Deux motifs permettent au juge administratif d'annuler une décision implicite de rejet de l'Administration dans ce cas précis : l'absence de communication des motifs (point que nous étudierons en dernier dans cette sous-partie) et le défaut d'examen particulier de la situation personnelle du requérant, rattaché au contrôle de l'erreur de droit et résultant d'une obligation faite à l'administration.

Plusieurs réflexions naissent de ces informations mais il convient avant toute chose de rappeler brièvement le fonctionnement de la Commission des recours contre les refus de visas dans la mesure où, d'une part, ce fonctionnement particulier met en exergue les lacunes de la décision implicite en tant que mécanisme de liaison du contentieux, et, d'autre part, concerne l'un des pôles les plus importants de contentieux contre des décisions administratives implicites. Il ne s'agit donc pas d'une illustration anodine[900].

À ce titre, il paraît pertinent de relever un fait intéressant concernant la proportion de décisions implicites dans le total des décisions administratives contestées devant le juge : il est a priori impossible de constituer des statistiques sur ce point dans la mesure où, dans les bases de données internes, les décisions de justice rendues par le juge administratif ne tiennent pas compte de la distinction entre décision implicite et décision expresse. À moins de reprendre

[899] Ces données sont le fruit d'un entretien avec Benjamin CHABERNAUD, rapporteur public au Tribunal administratif de Nantes, le 11 février 2020.
[900] Quoique les chiffres soient difficiles voire impossibles à obtenir, il s'agit sans doute, avec le contentieux fiscal, du pôle contentieux le plus concerné par l'usage de la décision implicite (de rejet). Il s'agit davantage d'un constat fondé sur l'expérience d'un rapporteur public que d'une réalité statistique dans la mesure où le juge administratif ne tient pas compte de la distinction décision implicite/décision expresse.

une par une les décisions rendues et de les classer manuellement, il n'existe aucun moyen d'obtenir cette donnée.

Aussi, l'affirmation que le contentieux du droit des étrangers est l'un des plus concernés par la décision implicite est le fruit d'une opinion fondée sur la pratique juridictionnelle et sur les dysfonctionnements avérés de la procédure de demande de visa, que nous évoquerons dans quelques lignes.

Cela témoigne donc du fait que pour le juge administratif, une décision implicite et une décision expresse ont exactement la même portée juridique, ce qui est confirmé en pratique par le fait que le contrôle effectué par le juge administratif est le même, peu importe la manière dont est née la décision administrative : si une décision expresse est soumise à un contrôle restreint, la décision implicite sera le cas échéant soumise à un contrôle restreint. La seule difficulté – sur laquelle nous reviendrons à la fin de ce paragraphe – apparaît dans l'hypothèse, assez fréquente dans le cadre du contentieux du droit des étrangers, d'absence de motifs, pourtant nécessaires à la qualification juridique des faits.

Concernant la démarche à effectuer devant Commission de recours contre les refus de visas, le justiciable ayant formulé une demande d'obtention de visa peut se voir opposer un double silence par l'Administration, ce qui donne une autre dimension à l'appréhension de la décision implicite par le juge administratif. En effet, le justiciable doit d'abord faire sa demande de visa à l'autorité compétente, qui peut lui opposer un silence valant rejet de sa demande. Cependant, la règle de la décision préalable n'est ici pas suffisante, il faut en plus effectuer un recours administratif préalable obligatoire devant ladite Commission, qui peut à nouveau opposer un silence au justiciable. C'est seulement après ces deux étapes préalables que le demandeur de visa peut former un recours en annulation devant le juge administratif.

Plusieurs constats découlent de cette procédure de recours administratif préalable obligatoire (RAPO). Premièrement, il est possible de constater que son succès est tout relatif et dépend des moyens mis à disposition des commissions de recours. Il ressort effectivement de notre entretien avec Benjamin CHABERNAUD que, concernant la CRRV, les faibles moyens mis à disposition entraînent en conséquence un taux élevé de décisions implicites de rejet par rapport à d'autres types de contentieux qui, doublé d'une absence fréquente de communication des motifs, amène quasiment toujours le juge administratif à annuler pour défaut d'examen particulier de la situation personnelle du requérant. Ces décisions implicites de rejet sont donc interprétées par le juge administratif comme étant le fruit d'un dysfonctionnement et non pas d'une volonté de prendre une décision de rejet. Parce qu'il est de notoriété pour le juge administratif nantais que la CRRV manque de moyens financiers, une décision implicite de rejet est

presque automatiquement considérée comme la conséquence d'un dépassement accidentel des délais faisant naître une décision implicite.

Ce constat nous a été confirmé par François DESIMON, également magistrat au TA de Nantes, qui nous a appris que l'Administration reçoit environ 30.000 recours concernant l'octroi de visas par an, sur un plan national, du fait de la soumission de cette procédure à l'obligation de former un recours préalable obligatoire. Mais comme cette administration ne possède pas les moyens humains et financiers de fonctionner, une proportion de 55% de ces recours donne lieu à des décisions de rejet tacite, chiffre qu'aucune autre administration ne connaît. Ces rejets étant le fruit d'un dysfonctionnement, leurs fondements sont souvent flous et fragiles.

Une des grandes questions soulevées par ce constat – et celle qui intéresse F. DESIMON – se trouve être celle de savoir si la nature implicite d'une décision dispense de l'instruction. De manière relativement étonnante, beaucoup de magistrats (du moins à Nantes) il faut répondre à cette question par l'affirmative. Pour les chambres du TA et de la CAA de Nantes, le moyen constitué par l'absence d'instruction de la demande lors de la contestation d'une décision implicite de rejet est assimilé à un moyen de légalité externe inopérant. D'ailleurs, d'après nos recherches et celles de F. DESIMON, aucun texte, aucune source accessible ne permet de déterminer l'origine de l'idée selon laquelle la nature implicite d'une décision équivaudrait à une dispense d'instruction. Pourtant, le Conseil d'État a jugé dans un arrêt de 1982 que « *le silence gardé par l'inspecteur du travail sur une demande d'autorisation de licenciement présentée avec les pièces requises donne naissance, à l'expiration du délai prévu à l'article L.321-9 du Code du travail, à une autorisation tacite, sans qu'il y ait lieu de rechercher la cause de ce silence. Le fait que l'inspecteur du travail n'ait pu se livrer à un examen réel du motif économique invoqué par l'employeur n'entache pas d'illégalité cette autorisation* »[901].

Si le défaut d'instruction d'une demande faisant naître une décision implicite est toléré par le juge administratif, il n'en reste pas moins que ce dysfonctionnement ne devrait pas, lui, être toléré. En réalité, comme nous l'apprend F. DESIMON, il n'est pas rare dans le domaine du contentieux des titres de séjour que le juge soit le premier à regarder un dossier, alors que deux entités interviennent préalablement, ce qui pose évidemment un sérieux problème : la décision implicite de rejet devient non pas un facteur d'accélération de l'action administrative, mais un outil permettant à une administration qui ne devrait pas pouvoir fonctionner, de pouvoir le faire. Le juge devient par cet effet la seule barrière permettant aux administrés de pouvoir faire valoir leur droit.

[901] Voir : CE, Sect., 26 juillet 1982, *Maillet*, n° 34388, publié au Lebon.

En revanche, la technique du RAPO appliquée au contentieux fiscal s'avère être d'une redoutable efficacité, réduisant de manière drastique le contentieux parvenant jusqu'au juge administratif. Cela est également dû à un autre facteur lié directement à la nature implicite ou non de la décision administrative : la question des motifs.

Deuxièmement, et avant de nous attacher plus précisément à la question des motifs, il apparaît que la procédure du RAPO associée au mécanisme de la décision implicite est extrêmement favorable au justiciable en ce qui concerne le contentieux relatif au droit des étrangers et témoigne par là même d'un dysfonctionnement du mécanisme juridique. Non pas qu'il faille automatiquement que la décision implicite soit en la défaveur du justiciable, mais dans l'exemple d'espèce l'avantage qui naît au bénéfice de l'administré – alors même qu'il s'agit d'une décision implicite de rejet – n'est pas souvent voulu, au sens premier du terme, et entraîne un effet « boule de neige ».
Car dans le cadre du contentieux relatif au droit des étrangers, deux facteurs sont à prendre en compte, les deux découlant du même fait : la Commission de recours contre les refus de visas est une institution collégiale, ce qui soulève de nouvelles interrogations.

Le premier facteur est l'existence de l'article R. 421-3 2° du Code de justice administrative[902] permettant potentiellement à l'administré destinataire d'une décision implicite de rejet de pouvoir se pourvoir contre cette décision de manière illimitée en cas d'absence de notification de cette décision lorsqu'elle a été prise par un organisme collégial. Si cela peut sembler relativement aléatoire, il s'avère qu'en pratique, les décisions rendues par la CRRV, lorsqu'elles sont implicites, sont rarement notifiées aux intéressés, pour les raisons évoquées dans le paragraphe précédent.

Le second facteur réside dans l'hypothèse où aucun motif n'est jamais donné par l'administration à l'initiative de la décision. Nous l'avons déjà soulevé, il existe la possibilité pour un justiciable formulant une demande de visa de se voir opposer un double silence : par l'administration compétente d'abord, par la CRRV ensuite. Dans cette situation relativement fréquente, les motifs ne sont pas donnés ni demandés par le requérant (encore faut-il savoir que l'on a cette possibilité).
Le juge administratif peut également en faire la demande à l'administration, mais elle ne répond que rarement. Dans la pratique, le juge va donc se fonder sur la motivation donnée par le requérant, elle-même souvent fondée sur des supputations. L'exemple pris par M. CHABERNAUD

[902] L'article R. 421-3 2° du Code de justice administrative dispose que « *l'intéressé n'est forclos qu'après un délai de deux mois à compter du jour de la notification d'une décision expresse de rejet […] dans le contentieux de l'excès de pouvoir, si la mesure sollicitée ne peut être prise que par décision ou sur avis des assemblées locales ou de tous autres organismes collégiaux* ».

était celui d'une personne estimant que l'administration lui avait refusé son visa pour des raisons financières alors que cette dernière démontre qu'elle remplit les conditions[903]. À défaut d'avoir des motifs de l'administration, le juge se fonde donc sur ceux du requérant ce qui joue évidemment largement à son avantage. Dans ce type de scénario, il s'agit d'une martingale pour le requérant qui obtient une annulation quasiment « gratuite » d'un point de vue juridique, ce qui permet d'identifier une faille relativement importante dans le mécanisme de la décision implicite, notamment lorsqu'il est couplé avec la procédure du RAPO, dans le domaine du contentieux du droit des étrangers.

En fonction des moyens dont disposent les administrations, la décision implicite peut donc se révéler être un outil des plus efficaces pour éviter le contentieux et ainsi désengorger les tribunaux (comme c'est le cas en matière fiscale[904]), ou au contraire desservir complètement ce but. La décision qui naît de ce défaut de moyens financiers et humains est de surcroît une décision nuisible à l'intérêt général, de même qu'à la sécurité juridique.

Lorsque l'on s'intéresse à la fois à la décision implicite et aux Commissions de recours, une autre problématique se fait jour : étant une institution collégiale, la Commission de recours doit se réunir pour pouvoir prendre toute décision[905]. Mais dans le cas où naît une décision implicite, la Commission ne se réunit logiquement pas. Cela soulève donc la question de la légalité d'une telle décision. Malheureusement, la question n'a jusqu'à présent jamais été soulevée devant le juge. Cependant, dans ce contexte précis, il est peu probable que la question de la légalité externe d'une décision implicite prise par un organisme collégial soit d'une quelconque importance pratique dans la mesure où ces décisions sont presque toujours annulées de toute façon, comme nous l'avons expliqué plus haut.

En outre, si l'on s'en tient à l'interprétation a contrario de l'article 1er de l'arrêté de 2009 préalablement cité, une décision prise par la commission lorsque les conditions de présence des membres ne sont pas remplies n'est pas valable. Ce qui en résulte dans la pratique ne diffère

---

[903] À rapprocher de l'arrêt du Conseil d'État, Assemblée, du 28 mai 1954, *Barel et a.*, n° 28238, 28493, 28524, 30237, 30256, publié au recueil Lebon.

[904] Les chiffres pour l'année 2019 montrent que le nombre de demandes de correction et réclamation au fond était de 3.149.533 (Le rapport précise cependant qu'une « grande partie de ces affaires correspond à des corrections d'erreur sans contestation au fond des règles d'imposition » et que « des travaux sont conduits pour mesurer précisément le volume d'affaires contestant l'impôt au fond »).
Par comparaison, le nombre d'affaires déposées – pour la même année – devant les Tribunaux administratifs s'élève à 15187, sur lesquelles 3340 ont été ensuite déposées devant une Cour administrative d'appel et 467 devant le Conseil d'État. Source : Rapport d'activité, cahier statistique 2019 (disponible sur le site economie.gouv.fr).

[905] L'arrêté du 4 décembre 2009 relatif aux modalités de fonctionnement de la commission de recours contre les décisions de refus de visa d'entrée en France dispose en son premier article que : « *[La commission] délibère valablement lorsque le président ou son suppléant et deux de ses membres au moins, ou leurs suppléants respectifs, sont réunis* ».

pas d'une annulation de décision implicite pour défaut d'examen particulier de la situation de l'administré : dans un cas comme dans l'autre, la décision sera annulée par le juge administratif. La question, sur un plan théorique, mérite néanmoins d'être posée.

Le dernier point de réflexion qui a retenu notre intérêt est l'impact de la motivation de la décision administrative sur le volume de contentieux. Lors de notre entretien avec M. CHABERNAUD, il exprimait l'opinion selon laquelle la décision implicite était (selon lui) un facteur d'augmentation du volume de contentieux, en tout cas dans son expérience de magistrat dont les dossiers concernent essentiellement le droit des étrangers. Toujours selon lui, une motivation solide en droit et surtout en fait décourage l'administré d'effectuer un recours contentieux, parfois d'ailleurs simplement dans l'optique d'obtenir une motivation du refus.
Cependant, il semblerait que cette réalité ne soit pas généralisable à tous les domaines de l'administration. En effet, si l'on prend l'exemple de l'administration de l'Éducation Nationale, Cécile VAN WUIJCKHUIJSE, chef de section au service des pensions et validations que nous avons rencontrée, constate sinon l'inverse, tout au moins une absence de différence concrète en termes de contentieux. La motivation des décisions permettrait d'asseoir davantage la défense de l'administré lorsqu'il effectue un recours contentieux.
Il semblerait donc que la nature de la décision n'impacte finalement pas de façon déterminante le volume du contentieux et que ce dernier dépend essentiellement de la nature du domaine concerné.

L'administration fiscale est en ce sens un excellent contre-exemple dans la mesure où il s'agit d'un domaine concerné par la décision implicite et qui génère proportionnellement très peu de contentieux. Certes, décision implicite ne signifie pas nécessairement absence de motivation dans la mesure où l'administré peut toujours en faire la demande. En outre, il est également nécessaire de nuancer cet exemple du fait que l'administration fiscale tente néanmoins de répondre de manière expresse aussi souvent que possible.
Cela étant, nous ne pensons pas qu'il existe une corrélation entre la motivation d'une décision ou son absence sur le volume de contentieux que l'on puisse généraliser à toutes les administrations.

En définitive, les failles liées à l'utilisation de la décision implicite posent problème tant au niveau de la sécurité juridique qu'au niveau de la légalité dans la mesure où elles permettent parfois, par un effet d'entraînement, d'accorder des droits à des administrés qui ne devraient pas forcément en être titulaires. L'alternative étant le déni d'administration, la situation n'en serait pas plus tolérable. Il est donc nécessaire de se saisir de la décision implicite afin de pouvoir la réformer en profondeur et d'en faire un outil fiable à l'usage de l'Administration, plutôt qu'un outil juridique subi comme c'est majoritairement le cas en l'état actuel des choses.

En outre, ces dysfonctionnements remettent en question la question du gain potentiel que représente le recours à la décision implicite de manière générale, car s'il est certain que l'implicite permet de gagner du temps du fait de l'absence de formalisme, le fait que ce mode de décision puisse, dans certains cas, constituer une cause d'augmentation du contentieux administratif sème le doute quant à la réalité des « gains ». Comment ce gain est-il calculé ? Sait-on réellement, par exemple, combien coûte un juge (et par extension, l'administration juridictionnelle) comparativement au coût d'une administration qui rejette beaucoup de demandes de manière tacite ?

Selon le rapport annuel 2018 de la Direction générale des étrangers en France[906], rattachée au Ministère de l'intérieur, la décision implicite est devenue un objet contentieux quasiment structurel et extrêmement difficile à manier. En effet, il est fait le constat que : « *l'augmentation du nombre de recours formés devant la CRRV contre des refus de visa de long séjour : les recours contentieux portant essentiellement sur des visas d'installation, la hausse des recours formés à ce titre en amont devant la commission a eu, presque mécaniquement, pour effet d'accroître le nombre de recours contentieux* »[907]. Le problème lié à ce constat est double : d'un côté, cette augmentation de contentieux – fruit d'un dysfonctionnement administratif – pèse sur l'administration juridictionnelle dans son ensemble, qui perd du temps sur le reste du contentieux, et d'un autre côté, cela constitue une perte de temps pour le juge puisque l'Administration arrive souvent en cours d'instance pour apporter une décision ou donner droit au requérant, vidant ainsi l'instance. De manière très concrète, cela entraîne des problèmes d'organisation pour les magistrats dont le nombre de dossiers réels inscrits sur le rôle diminue drastiquement, ce qui constitue une immense perte de temps[908]. La question du gain que représente le recours à la décision implicite de rejet, se pose donc ici avec beaucoup d'acuité.

[906] Disponible au format PDF en ligne à l'adresse suivante : https://www.immigration.interieur.gouv.fr/Info-ressources/Documentation/Rapports-publics/Les-rapports-au-Parlement-article-L.-111-10-du-code-de-l-entree-et-du-sejour-des-etrangers-et-du-droit-d-asile-CESEDA
[907] DGEF, *Rapport annuel 2018*, p. 63.
[908] François DESIMON nous donnait l'exemple d'un rôle dont le nombre de dossiers passait ainsi d'environ 50 dossiers à une quinzaine en réalité.

Conclusion de chapitre

Malgré les changements apportés par les différentes réformes modifiant les relations entre l'Administration et les administrés, les valeurs fondamentales restent encore pertinentes, du moins dans les hautes sphères administratives et continuent d'influencer la marche de la machine administrative française. Cependant, les nombreux coups portés à l'idéologie de l'intérêt général par la « revalorisation » de l'administré tendent à lui faire perdre de sa substance dans les échelons inférieurs. Le citoyen-administré occupe désormais une place centrale dans sa relation avec l'Administration, une place dont nous critiquons la portée à cause du danger qu'elle entraîne pour la stabilité juridique et de l'appareil administratif tout entier. Si le but des réformes successives, celle que nous étudions y compris, était de rééquilibrer la relation Administration/administré, nous pensons que la tendance s'est aujourd'hui inversée ou menace de l'être, et de manière irrémédiable dans la mesure où la philosophie des droits acquis possède une telle aura en France qu'il est souvent bien difficile, pour ne pas dire tout simplement impossible, de revenir en arrière.

La réforme de la décision implicite est une illustration patente de ce phénomène tendant à donner de plus en plus d'importance à l'administré, se traduisant juridiquement par une exacerbation de la prise en compte des intérêts particuliers. L'Administration, censée être la garante de l'intérêt général, est aujourd'hui selon nous submergée par la masse des intérêts particuliers.

En outre, l'influence croissante des démarches de qualité provenant du secteur privé et de l'Union européenne accentue ce phénomène de dilution de l'intérêt général et de mise en exergue de l'intérêt particulier.

La conjonction de ces phénomènes crée une sorte d'Administration à deux vitesses, qui peine à s'adapter aux changements induits par l'évolution de la société et qui donc perd en cohérence. Si la réforme visant à simplifier la décision implicite recèle selon nous un potentiel de modernisation de l'action administrative, le poids de la culture administrative française freine les éventuelles possibilités d'évolutions en ce sens. Cependant, la fragilisation des fondements de l'Administration est également une opportunité à saisir afin de permettre à la décision implicite de devenir l'outil de modernisation de l'action administrative qu'il est en puissance, car pour le moment la décision implicite peine à trouver sa place dans notre système juridique et a fortiori administratif. Lorsque la satisfaction des requêtes des administrés provient d'un dysfonctionnement de l'Administration, c'est le signe indubitable d'un défaut fondamental de conception théorique.

Conclusion de titre

Les résultats peu probants de la réforme de 2013 sont selon nous à attribuer à plusieurs facteurs. Dans un premier temps, et de manière assez pragmatique, le mécanisme de la fiction du silence de l'Administration et ses conséquences ont été assez largement sous-estimés par les réformateurs. Pour cause, les délais de préparation de la réforme bien trop courts pour un travail de cette ampleur n'ont pas permis de pouvoir appréhender avec suffisamment de justesse le mécanisme et son impact.

Bien loin de simplifier le recours à la décision implicite, les réformes successives – et a fortiori la plus récente de 2013 – n'ont fait qu'apporter toujours plus de doutes et d'incertitude, en multipliant plutôt qu'en divisant. Il en résulte ainsi une fragilisation accrue des situations juridiques des administrés, justifiée de manière discutable par l'argument de l'amélioration de la célérité administrative, ce qui reste aujourd'hui toujours à démontrer.

Dans un second temps, il est assez remarquable que cette réforme du silence s'inscrit dans une dynamique de subjectivisation du droit administratif. Elle se heurte de ce fait à une évolution à deux vitesses, isolant les hautes instances administratives des autres, soumises à une évolution bien plus rapide. Le silence de l'Administration peine donc dans ce contexte à trouver un fondement stable, car si le silence-rejet se trouve en adéquation avec l'idéologie de l'intérêt général, il est plus difficile de rattacher le silence-acceptation et ses effets sur l'ordonnancement juridique à ce socle de valeur.

Il devient donc nécessaire de chercher à mieux connaître la décision implicite pour pouvoir véritablement la réformer.

Titre 2. La recherche d'une conception de la décision implicite purgée de ses vices

Après avoir relevé à la fois les lacunes de la réforme de 2013 concernant la simplification du mécanisme de la décision implicite et les défaillances du mécanisme lui-même, il nous reste à explorer les pistes d'une éventuelle nouvelle conception de la décision implicite – notamment en nous inspirant d'exemples étrangers – **(Chap. 1)**, pour ensuite les confronter aux obstacles posés par notre système juridique **(Chap. 2)** afin de déterminer quelles sont les pistes les plus plausibles.

L'objectif de ce dernier titre est de proposer des pistes d'évolution de la décision implicite en tenant compte des critiques effectuées tout au long de ce travail. Toutes les voies qu'il sera choisi d'explorer dans ce titre n'aboutiront pas nécessairement à des solutions envisageables, mais permettront de poser les bases d'une réflexion plus large.

Si le mécanisme de la décision implicite est aujourd'hui défaillant sur un plan conceptuel, entrainant de fait une efficacité toute relative en pratique, nous défendons l'idée selon laquelle il est possible par le biais d'ajustements juridiques d'adapter le dispositif de la décision implicite aux évolutions du droit public français. Il faut entendre par là le fait de transformer ce mécanisme de manière à rendre son utilisation moins hasardeuse, voire pénalisante (que ce soit pour l'Administration ou pour l'administré), afin d'en faire un outil d'accélération de l'Administration. Ces transformations doivent avant tout passer par la création d'un régime juridique plus clair et par un meilleur encadrement par le droit.

Avant de réfléchir à ces questions, il convient selon nous de comparer la décision implicite telle qu'elle existe en droit français avec la manière dont elle est consacrée dans d'autres systèmes. L'intérêt de cette comparaison réside dans l'acquisition d'une meilleure connaissance de la décision implicite de manière globale, et ainsi permettre d'envisager sa réforme de manière plus sereine.

Chapitre 1. Une décision implicite à réinventer

Nous l'avons relevé tout au long de ce travail de recherche, la décision implicite est aujourd'hui assez loin d'être en parfaite cohérence avec notre système juridique. Trop complexe, trop imprévisible, l'intégration de la fiction du silence de l'Administration dans le système juridique français constitue une difficulté que les récentes réformes n'ont, selon nous, pas encore réussi à surmonter. Il apparaît alors incontournable de chercher à remodeler cette fiction afin non seulement d'en simplifier le fonctionnement pour le citoyen, mais également de la rendre utile pour l'administration active. C'est pourquoi il nous semble pertinent de débuter ce nouveau chapitre par une étude de la décision implicite dans plusieurs systèmes étrangers[909], afin d'en dégager les similarités (voire similitudes) avec notre propre système **(Section 1)**. Nous explorerons ensuite des pistes de réformes potentielles de la décision implicite dans notre droit **(Section 2)**.

Section 1. La comparaison avec des systèmes étrangers

L'étude de quelques systèmes étrangers en ce qui concerne la décision implicite est riche à bien des égards. Leur diversité est une grande source d'inspiration pour notre étude et permet d'apporter un recul nécessaire à l'observation de notre propre mécanisme de décision implicite. L'objectif de cette section n'est pas d'effectuer un tri de ce qui serait *mieux* ou non, mais plutôt de tenter de comprendre chaque système étudié, au moins dans les grandes lignes, afin de pouvoir observer ce qui fonctionne et ce qui fonctionne moins bien, ainsi que les raisons justifiant ces constats **(§1)**. Cela nous permettra dans un second temps de replacer le système de la décision implicite française dans un contexte plus global afin de pouvoir ensuite aborder les évolutions potentielles de manière plus objective **(§2)**.

§1. Des manières variées de traduire juridiquement le silence de l'Administration

À l'instar de la France, plusieurs États connaissent et recourent à la décision implicite. Cependant, l'étude de la décision implicite dans les systèmes étrangers est intéressante dans la mesure où « *quelle que soit l'appréciation susceptible d'être portée sur la règle nouvelle énoncée à l'article 1er de la loi du 12 novembre 2013, la seule question du sens à donner au silence*

[909] Nous baserons notre étude sur les exemples pris par le Conseil d'État dans son étude « L'application du nouveau principe 'silence de l'administration vaut acceptation' », adoptée le 30 janvier 2014, à savoir l'Allemagne, la Belgique, l'Espagne, l'Italie et les États-Unis. Nous étudierons également la Suède et la Grande-Bretagne qui ne font pas partie de l'échantillon pris par la cellule de droit comparé du Centre de recherches et de diffusion juridique du Conseil d'État mais présentent néanmoins un intérêt pour notre recherche.

de l'administration peut apparaître à bien des égards comme une question fortement hexagonale »[910]. À partir de ce constat, la confrontation des systèmes étrangers au système français fait apparaître au moins deux réalités. D'une part, il est possible de constater que la norme demeure la décision expresse, mais que, lorsqu'il existe une décision implicite, son sens est majoritairement celui de l'acceptation **(A)**. D'autre part, cette analyse est également l'occasion de constater l'existence d'États dans lesquels le silence de l'Administration n'a aucune traduction juridique **(B)**.

A. La tendance récente à la généralisation du sens positif du silence de l'Administration

Si notre sujet de recherche se concentre sur la décision implicite en France, il apparaît néanmoins pertinent de nous intéresser à la manière dont les autres pays intègrent ou non cette fiction juridique à leur système. Le but n'est ni de faire un exposé exhaustif des usages de la décision implicite dans les systèmes du monde entier, ni de faire une étude approfondie comme nous pourrions le faire pour un travail de comparatiste. Il s'agit avant tout de prendre un nombre d'exemples suffisamment varié pour avoir un panel représentatif des manières de concevoir la décision implicite en Europe et aux États-Unis.

La comparaison de ces éléments avec ceux que nous avons étudiés jusqu'à présent pour le cas de la France nous permettra d'identifier avec plus de recul les lacunes, mais également les pistes d'évolutions, du mécanisme de la décision implicite. Il convient de préciser d'emblée que cette comparaison entre ces systèmes est à relativiser du fait notamment des cultures – juridiques ou non – différentes et des contextes démographiques, entre autres facteurs.

Le premier constat que nous devons faire est celui de la non-universalité de la décision implicite en tant que règle générale. En effet, si tous les pays étudiés connaissent et tiennent compte de la passivité, voire inactivité, de l'Administration, tous ne recourent pas prioritairement à la décision implicite pour répondre à cette problématique.

Nous nous intéresserons donc dans ce premier développement aux États ayant intégré la décision implicite dans leur système juridique, avec plus ou moins de succès, à savoir l'Allemagne, la Belgique et l'Espagne.

En préambule, et de manière générale, il est possible d'affirmer que si la décision implicite ne constitue pas la règle pour la majorité des États, beaucoup d'entre eux reconnaissent néanmoins au silence-acceptation un champ d'application extrêmement étendu[911]. C'est du moins ce que retire la cellule de droit comparé du Centre de recherches et de diffusion juridique

[910] GONOD (P.), *Le sens du silence de l'administration : bref aperçu de quelques solutions étrangères*, RFDA 2014, p. 43.
[911] CONSEIL D'ÉTAT, *L'application du nouveau principe « silence vaut acceptation »*, Les Études du Conseil d'État, 2014, p. 116.

du Conseil d'État de son étude. Nous nous autorisons cependant l'apport d'une nuance concernant l'étendue du champ d'application du principe « silence vaut acceptation ». Car si la Belgique constitue un contre-exemple évident de cette étendue dans la mesure où le principe est le silence-rejet, l'Allemagne et l'Italie, malgré la généralisation progressive du silence-acceptation sous l'effet du droit de l'Union européenne (notamment de la directive « services » de 2006[912]) dans ces États, présentent des éléments permettant de relativiser le succès de cette extension du champ d'application du silence-acceptation. Nous reviendrons sur chacun de ces exemples en détail au cours de ce développement, mais nous pouvons déjà attirer l'attention sur la réussite toute relative de la généralisation du silence-acceptation en Italie[913], qui a eu pour effet de rendre la situation a priori plus complexe tant pour l'administré que pour l'administration. De même, en Allemagne la généralisation de la décision implicite d'acceptation peut être discutée dans la mesure où il ne peut exister de régime implicite sans que le législateur l'ait expressément décidé. S'il est vrai de considérer que le contrôle du législateur sur l'étendue du champ d'application du silence-acceptation ne signifie pas nécessairement une restriction de celui-ci, il ressort néanmoins de l'observation du système allemand une réticence à l'expansion de ce mécanisme.

Nous nous intéresserons successivement à l'intégration juridique de la décision implicite en Allemagne (*1*), en Italie (*2*), en Espagne (*3*), États dans lesquels le silence-acceptation existe (qu'il soit ou non érigé en principe), puis nous terminerons par le cas de la Belgique (*4*), où le principe concernant l'implicite est le silence-rejet.

1) La décision implicite en Allemagne

Un fait caractérise la langue et donc de fait la culture allemande : l'aversion pour l'implicite. Jean-Michel THOLLIEZ écrit à ce sujet que « *l'Allemand n'aime pas l'implicite, le sous-entendu, le demi-mot. Il souhaite que les choses soient clairement dites pour qu'elles soient clairement comprises, au risque de paraître un peu « lourd » face à la « légèreté » du Français qui, lui, ne s'appesantit pas sur l'accessoire et qui aime une langue rapide et pleine d'implicite. Concision, vivacité d'esprit, clin d'œil et demi-mot sont les qualités appréciées de la langue française. Les Allemands ont souvent bien du mal à nous suivre* »[914].

Ce rejet culturel de l'implicite se retrouve également dans le droit allemand, et ce malgré les réformes récentes tendant à introduire et généraliser l'usage de la décision implicite d'acceptation.

[912] Directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur.
[913] Cette généralisation est issue du décret-loi 35/2005, entérinée ensuite par la loi 80/2005.
[914] THOLLIEZ (J.-M.), *La langue, reflet d'une culture : la langue allemande*, Cahiers de l'APLIUT, Vol. XXVII, n° 3, 2008, pp. 70-85, spéc. p. 76.

La décision implicite d'acceptation en Allemagne est appelée la *Genehmigungsfiktion* (littéralement « fiction d'autorisation »). Comme en France, la décision implicite est considérée comme une fiction juridique dans la mesure où une décision est réputée émise à l'expiration d'un délai.

Si le droit administratif général allemand connaissait déjà le concept de la décision implicite, ce n'est que sous l'influence du droit de l'Union européenne que le silence-acceptation s'est réellement imposé et généralisé[915]. En effet, s'il existait déjà des hypothèses de décision implicite (notamment en matière d'urbanisme), il n'existait en revanche aucune règle générale sur le silence de l'Administration.

D'autres mécanismes permettaient de résoudre la question de l'inaction de l'Administration (toujours en vigueur d'ailleurs). Tel est le cas de l'article 42 de la loi sur les procédures administratives (*Verwaltungsverfahrensgesetz*), permettant de former un recours contre l'inaction de l'Administration (qu'il soit volontaire ou non). Ce recours permet en quelque sorte de contraindre l'Administration à émettre un acte administratif individuel qui serait dû au requérant.

En outre, le silence étant assimilé à une carence, l'article 75 de cette même loi est également applicable. Il dispose : « *1. Si, sans motif suffisant, il n'a pas été statué au fond dans un délai raisonnable sur un contredit ou sur une requête en édiction d'un acte administratif individuel, le recours est recevable par dérogation au paragraphe 68. 2. Il ne peut pas être introduit avant l'expiration d'un délai de 3 mois à compter du jour où le contredit ou la requête en édiction d'un acte administratif individuel a été formé, sauf si un délai plus court s'impose en raison des circonstances particulières de l'espèce. 3. S'il existe un motif suffisant pour qu'il n'ait pas encore été statué sur le contredit ou pour que l'acte administratif individuel sollicité n'ait pas encore été édicté, le tribunal suspend la procédure jusqu'à l'expiration d'un délai qu'il fixe et qui pourra être prolongé. 4. S'il est fait droit au contredit dans le délai fixé par le tribunal, ou si l'acte administratif individuel est édicté dans ce délai, l'affaire doit être déclarée définitivement réglée au fond* »[916].

Néanmoins, et malgré le mouvement d'expansion de la décision implicite d'acceptation en Allemagne, celui-ci reste sous le contrôle du législateur. En effet, l'article 42a de la loi sur les procédures administratives énonce qu'il ne peut y avoir d'acceptation implicite que

[915] C'est plus précisément la transposition de l'article 13.4 de la directive services (2006/123/CE) en 2008 qui a conduit à l'adoption de l'article 42a qui organise un régime général de la décision implicite d'acceptation.

[916] Cité par P. GONOD dans : *Le sens du silence de l'administration : bref aperçu de quelques solutions étrangères*, RFDA 2014, p. 44.

lorsqu'un texte de loi le prescrit. Le Conseil d'État en conclut donc dans son étude que c'est donc la décision expresse de rejet qui demeure la norme[917].

Nous trouvons curieux, d'une certaine manière, de préciser que la norme demeure le rejet. Car selon nous, lorsque la décision est expresse, alors le fait qu'elle soit positive ou négative ne peut pas faire partie de la « norme », entendu au sens de principe. Une décision expresse sous-entend que la demande à l'origine de cette dernière a été étudiée et donc que le sens de la décision découle automatiquement de cette étude, que la compétence de l'Administration soit liée ou non.

En somme, dire que la décision expresse de rejet constitue la norme revient à dire que l'Administration allemande devrait uniquement répondre positivement à titre exceptionnel, même de manière expresse. Il convient donc davantage de dire que la décision expresse représente la norme.

L'autre point qui retient notre attention dans ce phénomène de « généralisation contrôlée » de la décision implicite d'acceptation réside dans le fait qu'il illustre clairement le rapport qu'entretient le droit allemand avec l'implicite : l'expansion et la généralisation du silence-acceptation au sein des procédures administratives est subie, en ce sens que le contrôle par le législateur peut se traduire par une méfiance vis-à-vis de la décision implicite.

Pour cause, le changement est – en théorie du moins – plutôt radical puisque l'on passe d'un système essentiellement fondé sur la décision expresse à un système octroyant une large place à la décision implicite, a fortiori d'acceptation en créant un régime général.

Certes, nous l'avons dit, le mécanisme de la décision implicite d'acceptation était déjà connu du droit administratif spécial avant 2008. Ce droit spécial continue de s'appliquer en marge de l'article 42a. En cas de divergence entre le droit spécial et le nouveau régime général (car il est possible que des dispositions existent en doublon), il est fait application du principe s*pecialia generalibus derogant*. Le seul problème de cette situation réside dans le fait que lorsque la règle spéciale en question est antérieure à 2008, la question de son applicabilité fait débat.

Nous avons donc l'opposition de deux visions concernant la décision implicite d'acceptation. L'une, issue de l'Union européenne, estime que le silence-acceptation est synonyme d'amélioration de la célérité de l'administration active, l'autre, en l'occurrence allemande, considère davantage la décision expresse comme étant la solution la plus sûre, en plus d'avoir fait ses preuves en termes d'efficacité.

[917] CONSEIL D'ÉTAT, *L'application du nouveau principe « silence vaut acceptation »*, Les Études du Conseil d'État, 2014, p. 117.

Nous reviendrons plus loin dans ce chapitre sur cette problématique, qui se retrouve dans plusieurs États et tend à faire apparaître les limites de la décision implicite d'acceptation.

Dans son étude concernant l'Allemagne, le Conseil d'État affirme que la décision implicite d'acceptation est un mécanisme qui connaît de nombreuses applications et donne plusieurs exemples pour appuyer son propos. La silence-acceptation s'applique donc dans les domaines du numérique, de la réglementation des activités commerciales, des transports, de la santé, de l'environnement, de l'énergie, de l'agriculture, de l'urbanisme et la construction, ainsi que d'autres domaines du droit fédéral. En tout, ce sont vingt-deux procédures qui sont listées à titre d'illustration.

Cependant, nous ne pouvons que nuancer la pertinence de ces exemples dans la mesure où, d'une part, sans la connaissance du nombre total de procédures concernées par l'implicite, il apparaît difficile de vérifier qu'il s'agit en effet d'une proportion importante, et d'autre part, si l'on s'en tient strictement aux chiffres, en France le silence-acceptation connaît aussi de nombreuses applications, ce qui ne se traduit pas automatiquement en pratique. En outre, nous ne pensons pas que la quantité de domaines dans lesquels la décision implicite d'acceptation s'applique traduise nécessairement la réussite de son implantation juridique d'un point de vue qualitatif. A fortiori lorsque la généralisation du recours à cette fiction d'autorisation est le fruit d'une politique émanant de l'Union européenne, donc subie[918].

Les conditions de formation de la fiction d'autorisation sont relativement similaires à celles de la décision implicite française. Pour qu'une telle décision naisse il est en effet nécessaire qu'il existe une disposition législative en prévoyant la possibilité ; qu'une demande soit transmise à l'autorité administrative compétente ; que cette demande soit suffisamment précise ; que le délai à l'expiration duquel la demande est réputée acceptée soit prévu par la loi, qu'enfin, qu'aucune décision expresse ne soit intervenue à l'expiration du délai.
La principale différence avec la conception française réside dans le fait qu'en théorie, la décision implicite d'acceptation en France est une règle générale, ou un principe, donc ce n'est pas la loi qui étend le régime aux différents domaines. En d'autres termes, en Allemagne une décision implicite d'acceptation ne peut exister si le législateur ne l'a pas expressément décidé, en France à l'inverse, le législateur organise le régime général de la décision implicite mais ne conserve pas le contrôle sur l'application de la décision implicite aux différents domaines concernés autrement que par le biais des exceptions.

[918] Il est sans doute possible de relativiser ce point en considérant que dans la pratique ce sont les États-membres qui s'auto-contraignent d'un commun accord en réalité. Ce qui ne signifie pas pour autant que la décision implicite d'acceptation s'implante avec la même réussite dans tous les systèmes.

De ce point de vue, la conception allemande de la décision implicite d'acceptation rejoint quelque peu l'idée que nous défendions dans le chapitre précédent, à savoir la suppression du rapport binaire principe/exception régissant aujourd'hui encore le régime de la décision implicite en France, alors qu'il n'a plus lieu d'être.

Il convient cependant de préciser que la problématique n'est pas tout à fait la même dans la mesure où selon la conception allemande, le régime de la décision implicite d'acceptation s'oppose à celui de la décision expresse, qui reste la norme. En France en revanche, le régime de la décision implicite d'acceptation s'oppose à celui de la décision implicite de rejet, qui n'existe a priori pas en Allemagne (preuve encore que le mode de l'implicite n'est pas un mécanisme « naturel » en droit allemand).

Un autre argument démontrant que l'implicite n'est pas le mode de décision normal en droit public allemand : l'existence du mécanisme du *konkludenter Verwaltungsakt*. Il s'agit d'un acte administratif qui n'existe pas de manière formelle (il n'y a ni acte écrit ni oral) mais dont l'existence est révélée par un « *comportement concluant* » de la part de l'Administration.

Dans son étude, le Conseil d'État considère que « *la différence avec la décision implicite d'acceptation est que cette dernière se caractérise par un pur silence de l'administration, alors que l'acte administratif « concluant » est manifesté par un comportement observable* »[919]. Si cette analyse paraît acceptable, nous estimons cependant que les deux mécanismes n'ont en commun que peu de choses. En effet, si la décision implicite pallie le silence de l'Administration en traduisant artificiellement ce dernier par une décision de rejet ou d'acceptation, le procédé du « comportement concluant » se fonde sur un comportement observable et dont il est possible de déduire une décision.

S'il est permis de penser que les deux procédés visent à pallier l'inertie de l'Administration, il ressort néanmoins de leur comparaison qu'ils ne se situent pas sur le même plan. Juridiquement, la décision implicite constitue une fiction juridique tandis que le « *comportement concluant* » semble davantage se rapprocher de la définition de la présomption légale[920].

Finalement, sans entrer davantage dans le détail, il ressort de l'étude de la décision implicite en droit public allemand que celle-ci n'est pas un concept bien connu de ce droit. Certes, certains régimes existaient préalablement à la généralisation sous l'influence de l'Union européenne, mais ils demeuraient marginaux et encadrés par le législateur.

Nous verrons par la suite que les lacunes que nous reprochons à la décision implicite d'acceptation en France se retrouvent également dans presque tous les autres systèmes dans lesquels ce mode de décision s'est généralisé.

---

[919] CONSEIL D'ÉTAT, *L'application du nouveau principe « silence vaut acceptation »*, Les Études du Conseil d'État, 2014, p. 120.

[920] Pour la distinction juridique entre les deux termes, voir l'introduction.

En nous appuyant sur les sources citées par le Conseil d'État dans son étude sur l'application de la décision implicite d'acceptation[921], certains auteurs[922] estiment que « *la décision implicite d'acceptation, destinée, en principe, à accélérer les procédures et à améliorer la sécurité juridique pour les administrés pourrait engendrer des effets pervers pour ces derniers, pour l'administration ainsi que pour les tiers* ». Notamment du fait que les tiers auraient du mal à savoir lorsqu'ils sont concernés par un acte et à déterminer les voies et délais de recours.

Il est donc possible de constater que les craintes et les limites de la décision implicite d'acceptation sont relativement similaires à celles que nous relevons pour le cas de la France. Ces conséquences juridiques néfastes sont peut-être davantage exacerbées dans le cas de l'Allemagne étant donné que le mécanisme même de la décision implicite semble aller à l'encontre de la culture – juridique ou non – du pays. Une preuve du manque d'engouement pour la décision implicite, a fortiori d'acceptation, en Allemagne peut sans doute être trouvée dans le fait qu'en presque dix ans d'existence, aucun bilan n'a été fait concernant l'application de ce mécanisme.

2) La décision implicite en Italie

Comme pour le cas allemand, lorsque l'on s'intéresse à la décision implicite en droit public italien, on relève l'existence d'une obligation pour l'Administration italienne de devoir « *conclure toute procédure par une décision expresse et motivée* »[923] ainsi que le dispose l'article 2 de la loi générale sur la procédure administrative du 7 aout 1990 (n° 241). Le principe semble donc – ou du moins semblait – être la décision expresse.

À ce titre, il est intéressant de mentionner le fait que le silence est considéré en Italie comme une inertie-inexécution engageant la responsabilité de l'Administration. Cela nous donne en effet une indication sur la nature de l'obligation pesant sur l'Administration active italienne. Car il s'agit bien d'une obligation dans la mesure où tout manquement à statuer de manière expresse se traduit par une mise en jeu de la responsabilité.

Ce constat nous permet de faire un parallèle avec notre réflexion concernant le cas de l'Administration française, dont nous avons dit qu'il s'agissait pour elle davantage d'une faculté d'agir (en prenant une décision) que d'une obligation[924]. Du fait de l'existence en France du mécanisme de la décision implicite qui, s'il ne constitue pas la norme, demeure un palliatif

[921] CONSEIL D'ÉTAT, *L'application du nouveau principe « silence vaut acceptation »*, Les Études du Conseil d'État, 2014, p. 125.
[922] Voir : „*Die Genehmigungsfiktion und das 4. VwVfÄndG*", Professor Dr. Holger Weidemann, Hannover und Torsten F. Barthel, LLM, Berlin, 2011.
[923] CONSEIL D'ÉTAT, *L'application du nouveau principe « silence vaut acceptation »*, Les Études du Conseil d'État, 2014, p. 133.
[924] Voir *supra*, p. 184 et s.

de l'inertie de l'Administration, la responsabilité de l'Administration ne peut jamais être engagée pour un manquement à son obligation d'agir dans la mesure où, virtuellement, elle ne peut pas ne pas agir puisqu'une décision implicite interviendra en dernier recours, peu importe le domaine.

En droit administratif italien en revanche, la décision implicite est plus récente et ne s'applique qu'à certaines matières. En outre, elle n'a pas été conçue comme un palliatif général à l'absence de décision expresse rendue par l'Administration (inévitable en France du fait de l'existence de la décision préalable obligatoire) mais comme un moyen de désengorger les services administratifs, dont l'encombrement résulte essentiellement de la complexité de certaines procédures.

Ainsi, le droit public italien attribue trois sens juridiques au silence de l'Administration. Le premier, le silence-acceptation (silenzio assenso), est prévu depuis l'entrée en vigueur de la loi générale sur la procédure administrative[925], dont l'article 2 pose l'obligation de répondre par une décision expresse et motivée. Cette loi fait du silence-acceptation « un instrument de simplification administrative visant à réduire les *compliance costs*[926] à la charge de l'administré dans les hypothèses impératives indiquées par la loi (DPR[927] n° 300, 1992 du 26 avril 1992) »[928].

Dans ce contexte, le silence-acceptation est juridiquement proche de ce que l'on connaît en France. Il s'agit de donner un sens juridique (en l'occurrence positif) au silence de l'Administration.

De la même manière, le Conseil d'État italien a précisé que le silence-acceptation constitue une *fictio iuris*[929], dans la mesure où c'est la loi qui octroie au silence le sens d'un consentement silencieux.

Cependant, si à l'origine le mécanisme n'avait pas vocation à s'appliquer de manière générale, l'influence de l'Union européenne a également poussé l'Italie à étendre le champ d'application de la décision implicite d'acceptation à toutes les demandes formées par les administrés.

L'autre point rapprochant les conceptions française et italienne de la décision implicite est l'existence de sens négatifs du silence. Cela étant, la comparaison s'arrête à ce constat dans

[925] Article 20 de la loi 241/90.
[926] Les *compliance costs* représentent les coûts engendrés par les procédures résultant d'un cadre réglementaire ou législatif imposé.
[927] *Decreto del presidente della Repubblica* ou décret du président de la République.
[928] CONSEIL D'ÉTAT, *L'application du nouveau principe « silence vaut acceptation »*, Les Études du Conseil d'État, 2014, p. 133.
[929] Consiglio di stato, décision du 16 septembre 2011, 5165/2015.

la mesure où le droit public italien n'octroie qu'une portée exceptionnelle à ces mécanismes implicites attribuant au silence de l'Administration un sens négatif.

De plus, il existe deux sens négatifs du silence en droit public italien : le refus et le rejet. L'illustration du silence-refus donnée par le Conseil d'État dans son étude sur la décision implicite d'acceptation concerne la matière de l'accès aux documents administratifs (article 25, al. 4, loi 241/1990), tandis que l'exemple donné pour le second concerne l'hypothèse du défaut de décision expresse dans le cadre d'un recours hiérarchique dans les 90 jours qui suivent son introduction (articles 6, D.P.R. 1199/1971 et 20, loi 1034/1971).

Il semble donc que les cas dans lesquels le silence de l'Administration possède un sens négatif restent relativement marginaux et concernent des domaines spécifiques.

Si nous cherchons désormais à nous intéresser à la manière dont s'applique le mécanisme de la décision implicite d'acceptation en droit public italien afin d'en faire ressortir les principales caractéristiques, nous pouvons remarquer d'emblée qu'il semble exister un défaut de logique entre la dynamique de généralisation du silence-acceptation dans les procédures administratives et l'obligation de répondre de manière expresse.

C'est lors de la réforme administrative résultant de l'article 3 du décret-loi 35/2005 (entériné par la suite par la loi 80/2005) que les conditions d'application de la décision implicite d'acceptation ont été fixées (article 20 de la loi 241/90), notamment en ce que la loi lui a attribué la portée générale dont elle jouit aujourd'hui dans le cadre des procédures introduites sur demande de l'administré.

Cependant, il ressort également de cette même loi – interprétée par la jurisprudence administrative[930] – que la décision implicite d'acceptation demeure une exception au principe de l'obligation de statuer à la charge de l'administration.

Le constat qui découle de cette précision concernant le rapport entre généralisation de la décision implicite d'acceptation et obligation de statuer de l'Administration italienne est encore celui d'une certaine forme de défiance vis-à-vis du silence-acceptation, ce qui semble être confirmé par l'encadrement rigoureux qui accompagne ce mode implicite, (comme en France, seul le législateur est compétent pour établir les exceptions à la règle) y compris les exceptions à cette règle. Cette défiance est toutefois plus ambiguë qu'en Allemagne selon nous dans la mesure où, nous allons le voir à la suite, la démarche de généraliser la décision implicite d'acceptation semble être *volontaire*[931] et résulte de la conviction dans la capacité de la déci-

[930] Consiglio di Stato, décision du 11 novembre 2008, 5628/2008.

[931] Nous employons le terme « volontaire » pour marquer la distinction avec une réforme qui serait davantage subie, du fait de l'influence de l'Union européenne par exemple, comme c'est le cas pour

sion implicite à alléger et accélérer les procédures administratives. C'est la Cour constitutionnelle elle-même qui inscrit cette démarche dans une dynamique établie de simplification administrative et d'efficacité accrue de certaines procédures en tenant compte notamment de l'importance des intérêts généraux en balance[932]. Cette simplification peine néanmoins à se traduire en pratique.

En effet, l'une des conséquences de cette réforme est l'obligation pour les administrations de publier la liste des procédures administratives pour lesquelles s'applique la règle du silence-acceptation de l'administration[933]. S'il ne s'agit ni d'un inconvénient ni d'un avantage, ces listes sont exhaustives et le silence-acceptation ne peut s'appliquer au-delà des cas expressément concernés (sauf dérogation ponctuelle admise par le législateur[934]), ce qui semble mal se conjuguer avec l'idée de généralisation. Il semble bon de noter que le législateur lui-même est logiquement bridé dans sa capacité à établir des exceptions dans la mesure où celles-ci ne peuvent pas être contraires au droit de l'Union européenne ni aux principes constitutionnels.

Au titre des exclusions impératives du champ de la décision implicite d'acceptation, la loi générale sur la procédure administrative précise que quatre catégories d'actes ne peuvent pas être soumises à un régime de silence-acceptation. Il s'agit premièrement des actes administratifs pris dans les domaines : du patrimoine culturel et paysager, de l'environnement, de la défense nationale et de la sécurité publique, de l'immigration, de l'asile et de la citoyenneté, de la santé publique.

Deuxièmement, sont exclus les cas dans lesquels l'adoption d'un acte administratif formel est imposée par le droit de l'Union européenne. Sont encore exclus les cas où la loi attache au silence un effet négatif.

Enfin, le mécanisme du silence-acceptation ne peut être étendu aux actes établis par décret du Président du conseil des ministres sur proposition du ministère de la fonction publique.

D'autres exclusions de la décision implicite ressortent des différentes lois sectorielles, imposant parfois le mode de la décision expresse[935] ainsi que des nombreuses lois faisant application des mécanismes de silence-refus et rejet.

---

l'Allemagne. Il s'agit donc de dire qu'en dépit de l'influence européenne, l'Italie contrairement à l'Allemagne semble avoir embrassé le concept de la décision implicite et cherche donc à l'intégrer de manière plus pérenne dans le droit public.

[932] Voir la décision du 27 juillet 2005, 336/2005.

[933] Obligation issue de l'article 35, al. 1(g) du décret législatif du 14 mars 2013, n° 33 relatif au réagencement du régime des obligations de publicité, transparence et diffusion des infirmations de la part des administrations publiques.

[934] Consiglio di Stato, 29/12/2008, 6591/2008.

[935] Le Conseil d'État donne dans son étude sur l'application du principe du silence-acceptation l'exemple de la législation portuaire (art. 37, reg. nav. mar., D.P.R. du 15 février 1952, n° 328) qui

Il ressort alors de cet exposé un nombre important d'exceptions au silence-acceptation nuisant à sa généralisation et donc, de fait, à la logique de simplification et d'amélioration de l'Administration active.

Le dernier point qui retiendra notre attention à propos du silence-acceptation en droit public italien concerne la formation de ce « silence-consentement » du point de vue de l'administré. En effet, afin de pouvoir se prévaloir de la formation d'une décision implicite positive, il appartient à ce dernier de « prouver l'écoulement du délai établi par loi, ainsi que les conditions objectives et subjectives nécessaires pour le déroulement de l'activité sollicitée[936] »[937].
Il est possible de remarquer que malgré la tendance à l'extension du champ d'application de la décision implicite d'acceptation, la naissance de cette dernière reste néanmoins assez largement conditionnée, sans compter les nombreuses exceptions. Si prouver l'écoulement du délai ne semble pas poser forcément beaucoup de difficultés, il reste que le fait que la charge de la preuve pèse sur l'administré ajoute non seulement à la complexité de la procédure concernée et peut dissuader les administrés d'effectuer les démarches pour l'obtention d'un droit leur étant potentiellement dû, mais surtout, plus contestable selon nous, cela place l'administré dans la situation où c'est à lui d'assumer la « responsabilité » de la carence de l'Administration.

Si la question de la naissance d'une décision implicite se pose, cela signifie que l'Administration n'a pas rendu de décision expresse dans les délais légaux, ce qui – précisément en Italie – engage la responsabilité de l'Administration a qui il est fait obligation de répondre de manière expresse à toutes les procédures engagées par les administrés, la décision implicite n'étant qu'accessoire.

En outre, le fait de devoir apporter la preuve des « *conditions objectives et subjectives nécessaires pour le déroulement de l'activité sollicitée* » ajoute une contrainte supplémentaire pesant sur l'administré, et non des moindres. Car si la logique sous-tendant cette exigence peut être aisément comprise dans une perspective de gain de temps, le fait qu'il revienne à l'administré de devoir en établir la preuve peut venir court-circuiter cet intérêt voire même léser l'administré : si l'on prend l'hypothèse par exemple du cas dans lequel un administré demande une autorisation à l'Administration, transmet les éléments nécessaires mais n'obtient aucune ré-

laisse à l'administration la possibilité d'apprécier de manière discrétionnaire par rapport à l'octroi de l'autorisation d'exploitation des zones relevant de sa compétence (Tar Genova (Liguria), décision du 19 février 2010, n° 634), ainsi que l'exemple de la procédure visant à obtenir l'autorisation pour l'installation des panneaux publicitaires dans les rues, du fait de l'article 23 du Code de la route requérant l'octroi d'une acceptation expresse pour des raisons de sécurités liées à la circulation routière (Cass. Civ. décision du 1er mars 2007, n° 4869 ; TAR Milano (Lombardia), décision du 19 novembre 2004, n° 6048).

[936] Consiglio di Stato, 19 mars 2012, 1545/2012.

[937] CONSEIL D'ÉTAT, *L'application du nouveau principe « silence vaut acceptation »*, Les Études du Conseil d'État, 2014, p. 137.

ponse expresse dans le délai établi par le législateur, ces exigences signifient qu'il peut se prévaloir d'une décision implicite d'acceptation à la condition d'apporter la preuve de l'expiration du délai ainsi que celle de la transmission des éléments permettant d'attester de la régularité de sa situation. Concrètement, cela revient à dire qu'il revient à l'administré de devoir effectuer deux démarches distinctes afin d'obtenir une seule autorisation. Il est alors possible de se demander l'intérêt que présente la décision implicite dans ce système juridique, car cette conception ne fait pas de la décision implicite un palliatif à l'absence de décision expresse mais constitue une alternative à la décision expresse.

Cette logique laisse perplexe dans la mesure où le mécanisme, loin de mettre l'Administration « en tort », la place plutôt dans une position dominante dans la mesure où la décision implicite, même lorsqu'elle est autorisée par le législateur dans un domaine donné, ne peut naître automatiquement après l'expiration du délai légal.

Le seul élément permettant de nuancer ce constat réside dans le fait qu'une fois le délai prévu écoulé « tout acte tardif est illégal car l'administration a perdu la faculté de statuer de manière expresse et seul l'acte d'acceptation découlant du silence s'impose[938] »[939]. De ce fait, si l'Administration ne souhaitait pas prendre de décision positive, elle doit d'abord éliminer les effets de la décision implicite née de son silence.

Pour cela, sans entrer dans le détail, deux moyens lui sont accessibles : l'annulation et la révocation[940]. Si l'annulation doit évidemment répondre à des conditions strictes, la révocation peut intervenir quant à elle pour des motifs d'intérêt public à l'expiration du délai initial, ou bien dans les cas de changement dans les conditions de fait ou de droit, ou encore lorsque l'organe compétent porte une nouvelle appréciation sur la question.

À la vue de ces éléments une question nous semble subsister malgré tout : dans l'hypothèse où l'Administration ne répond pas à une demande d'autorisation dans les temps, si l'administré échoue à apporter la preuve soit de l'expiration du délai, soit du fait qu'il répond à toutes les « conditions objectives et subjectives nécessaires pour le déroulement de l'activité sollicitée », doit-il à nouveau effectuer les démarches afin d'espérer obtenir une décision expresse de l'Administration ? Et de ce fait prendre le risque de se voir à nouveau opposer un silence de la part de l'Administration ? Si tel est le cas, la durée d'une procédure peut être rendue beaucoup plus longue qu'elle ne devrait l'être et rendre le mécanisme de la décision

[938] Consiglio di Stato, décision du 19 juin 2006, 3626/2006 ; Consiglio di Stato, décision du 8 avril 2003, 1854/2003.
[939] CONSEIL D'ÉTAT, *L'application du nouveau principe « silence vaut acceptation »*, Les Études du Conseil d'État, 2014, p. 137.
[940] Voir les articles 21 quinquies et 21 nonies de la loi 241/1990.

implicite contre-productive du point de vue de la simplification des procédures administratives et du droit administratif de manière plus générale.

3) La décision implicite en Espagne

Le cas de l'Espagne constitue un autre exemple de système dans lequel le champ d'application de la décision implicite d'acceptation a été étendu, notamment sous l'influence du droit de l'Union européenne, avec un succès tout relatif.

Le droit public espagnol reconnaît un « silence administratif » lorsque l'Administration faillit à notifier sa décision à l'administré dans les délais légaux. Ce silence peut posséder deux sens, à l'instar de la France, selon que la procédure soit à l'initiative des particuliers ou qu'il s'agisse d'une des procédures engagées d'office. Le régime du silence administratif est organisé par la loi 30/1992 du 26 novembre 1992 sur le régime juridique des administrations publiques et la procédure administrative commune.

Depuis une révision opérée par la loi 4/1999 du 13 janvier 1999, l'article 43 de la loi précitée pose la règle générale selon laquelle, le silence de l'administration vaut en principe acceptation lorsque la procédure est à l'initiative des particuliers, sauf si une disposition législative ou de valeur équivalente, ou relevant du droit européen lui attache un effet négatif pour des raisons impératives d'intérêt général.
L'étude du Conseil d'État[941] précise qu'avant cette révision, les acceptations implicites étaient réservées à certains secteurs limitativement énumérés, souvent en lien avec l'octroi de licences ou d'autorisations, de transfert ou d'agrandissement d'entreprises ou pour des demandes relatives à l'exercice de droits préexistants de l'administré (sauf si ces demandes concernaient des droits en lien avec le service ou le domaine publics).

En revanche, pour ce qui concerne les procédures administratives engagées d'office, le silence de l'Administration entraîne uniquement le rejet de la demande ou la forclusion de la procédure, selon l'activité concernée.
Toutefois, la portée de cette règle, après avoir été renforcée par diverses réformes législatives, a été assez largement entamée par les nombreuses dérogations issues de la loi et par les interprétations restrictives de la jurisprudence, notamment sous l'effet du droit de l'Union européenne.

[941] CONSEIL D'ÉTAT, *L'application du nouveau principe « silence vaut acceptation »*, note de bas de page n° 127, Les Études du Conseil d'État, 2014, p. 127.

Il convient, enfin, de souligner que l'Administration n'est jamais dispensée de son devoir d'adopter des décisions expresses[942]. Il est possible de déduire de cette obligation que la décision implicite, quel que soit son sens, est donc conçue à l'origine comme un mode alternatif de décision, à rapprocher de la conception italienne de ce point de vue, et non pas comme un mécanisme visant spécifiquement à pallier l'inertie de l'Administration. En effet, le fait qu'il existe en Espagne comme en Italie une obligation pour l'Administration de répondre de manière expresse aux demandes qui lui sont présentées, couplé au fait que la décision implicite soit limitée à certains domaines limitativement énumérés, signifie que la décision implicite n'est pas perçue comme une sanction de l'inertie administrative, ni même comme une garantie pour l'administré d'obtenir une décision, mais comme un outil permettant d'accélérer la prise de décision dans ces domaines.

En revanche, ce n'est pas la même chose pour ce qui concerne le silence-rejet, comme nous le verrons plus loin[943].

Il est intéressant également de préciser que les décisions implicites d'acceptation produisent tous les effets juridiques attachés aux actes administratifs définitifs, que ce soit à l'égard de l'Administration ou à l'égard des tiers. La principale conséquence de cette règle se trouve dans le fait qu'une fois le délai expiré, l'Administration ne peut plus prendre de décision expresse contraire (uniquement une décision expresse confirmative) en raison de l'irrévocabilité des actes administratifs favorables à l'intéressé.
La seule exception à ce principe découle de l'article 62.1 f) de la loi 30/1992 disposant que « toute décision implicite d'acceptation peut être déclarée nulle de plein droit lorsqu'elle est contraire à l'ordre juridique ou accorde des prérogatives ou des droits sans que les exigences essentielles à cette acquisition ne soient remplies »[944]. Un tiers peut demander l'engagement de cette procédure de révision mais son initiative n'appartient qu'à l'Administration.

Afin de se prévaloir d'une décision implicite d'acceptation, les administrés disposent de deux manières de procéder. L'article 43 de la loi 30/1992 prévoit que le destinataire de la décision implicite peut demander la délivrance d'une attestation à l'autorité compétente, qui dispose alors d'un délai de quinze jours pour la délivrer. En cas d'inertie de l'Administration, il est possible de demander l'exécution de l'acte par le biais d'un recours administratif ou d'un

[942] L'article 42 de la loi 30/1992 du 26 novembre 1992 dispose : « *La Administración está obligada a dictar resolución expresa en todos los procedimientos y a notificarla cualquiera que sea su forma de iniciación* ». Que l'on peut traduire par : « L'Administration est tenue de rendre une décision expresse pour toutes les procédures et de la notifier quelle que soit la manière dont elles ont été introduites ». Il s'agit donc bien d'une obligation de répondre de manière expresse à toutes les procédures.
[943] Voir *infra*, p. 327.
[944] CONSEIL D'ÉTAT, *L'application du nouveau principe « silence vaut acceptation »*, note de bas de page n° 127, Les Études du Conseil d'État, 2014, p. 128.

recours contentieux , en suivant une procédure abrégée exposée à l'article 29.2 de la loi 30/1992.

Ce point retient particulièrement notre attention dans la mesure où la question de la preuve de la décision implicite d'acceptation est selon nous un obstacle majeur à l'efficacité de ce mécanisme, notamment dans le contexte juridique actuel tendant à le généraliser. Nous développerons cette opinion plus loin[945].

L'autre point intéressant du système espagnol concernant la décision implicite réside dans le mécanisme du « double-silence ».

Avant d'entrer dans le détail, il convient de préciser certains faits concernant la décision implicite de rejet. Relevons tout d'abord que le silence-rejet est prévu dans quatre cas par la loi 30/1992. Il s'agit : des exceptions prévues par des dispositions du droit de l'UE ou des normes législatives dérogatoires, qui doivent, depuis la loi 25/2009, être « justifiées par des raisons impérieuses d'intérêt général » ; des demandes qui se rattachent au droit constitutionnel de pétition ; des demandes qui auraient pour conséquence de transférer au requérant ou à des tiers des prérogatives relatives au domaine public ou au service public ; des procédures visant à attaquer des actes ou des dispositions juridiques.

Contrairement à la décision implicite d'acceptation, le silence négatif n'est pas considéré comme étant un acte administratif, mais comme une fiction juridique dont le rôle est de permettre la liaison du contentieux en cas d'inertie de l'Administration.

Cependant, cette fiction ne dispense pas l'Administration de son obligation de statuer. En outre, le fait que le silence négatif ne soit pas assimilable à un acte administratif permet à l'Administration de se prononcer tardivement de manière expresse dans un sens positif ou bien négatif. En effet, le silence négatif tel que conçu en droit public espagnol n'est pas une « décision » de rejet, mais plutôt l'identification et la qualification juridique d'une carence qui, si elle ne permet pas de connaître le sens de la décision qu'aurait dû prendre l'autorité compétente, permet au moins à l'administré d'avoir accès à des options, contentieuses ou non, afin d'exiger de l'Administration qu'elle statue. L'administré peut donc exercer un recours contre le silence-refus mais ne peut pas exiger l'exécution d'une quelconque décision dans la mesure où elle n'existe pas.

Un dernier fait qu'il est pertinent de relever avant d'étudier le mécanisme du « double-silence » réside dans la manière du juge administratif espagnol d'interpréter les décisions implicites de refus toujours dans l'intérêt de l'administré, et non dans celui de l'administration.

Contrairement à la manière de traiter le sens négatif du silence de l'Administration en France, le droit espagnol considère – du fait du devoir incombant à l'Administration de statuer

[945] Voir *infra.*, §2, A, 1), p. 340.

de manière expresse sur les demandes – que l'inertie de l'Administration constitue un manquement, et doit donc être interprété à son détriment. Cette comparaison permet, si l'on suit un raisonnement a contrario, de confirmer que l'Administration française n'est soumise à aucune obligation d'agir mais dispose bien d'une faculté à prendre des décisions, a fortiori expresse[946].

Après avoir succinctement dressé le tableau de la conception du silence de l'Administration en droit public espagnol, il est possible d'évoquer un mécanisme original, propre au droit public espagnol appelé le « double-silence »[947]. Ce mécanisme est intéressant dans la mesure où il vise à inciter les autorités administratives à répondre de manière expresse aux demandes des administrés. Ce raisonnement peut être rapproché de l'objectif évoqué par le Sénat dans son rapport concernant le bilan de l'application de la réforme du silence de l'Administration en France[948] : utiliser le silence-acceptation comme une épée de Damoclès, incitant les Administrations à répondre de manière expresse pour ne pas prendre le risque de faire naître des décisions inopportunes.

Le fonctionnement du « double-silence » peut être résumé de la manière suivante : lorsqu'une procédure engagée devant l'Administration espagnole fait naître un silence négatif, le second silence éventuellement opposé par l'autorité administrative compétente au recours administratif exercé par l'administré vaut alors acceptation. Il convient de préciser que ce mécanisme clive la doctrine espagnole concernant la portée à attribuer à ces dispositions dans la mesure où les textes n'envisagent aucunement les conséquences d'un tel mécanisme sur les demandes concernant le domaine ou les services publics, sans oublier l'impact sur les principes de sécurité juridique et de légalité.

Pour conclure sur la façon d'appréhender juridiquement la décision implicite en Espagne, il nous apparaît pertinent d'évoquer les problèmes posés par la généralisation de la décision implicite d'acceptation.

En effet, afin de garantir l'effectivité pratique du principe « silence vaut acceptation », plusieurs réformes législatives initiées ces dernières années ont tenté d'encadrer de façon restrictive le recours aux régimes exceptionnels dérogatoires donnant au silence des autorités administratives une valeur négative. C'est notamment la transposition de la directive 2006/123/CE relative aux services dans le marché intérieur, du 12 décembre 2006, qui a constitué le principal moteur de cette extension du champ d'application de la décision implicite d'acceptation.

---

[946] Voir la thèse de Gweltaz GUIAVARC'H, *Abstention et obligation d'agir en droit public*, thèse Rennes, 1995.

[947] Le mécanisme est développé dans l'article 43, al. 2, §1 de la loi 30/1992.

[948] Rapport d'information n° 629 (2014-2015) de MM. Hugues PORTELLI et Jean-Pierre SUEUR, fait au nom de la commission des lois, déposé le 15 juillet 2015.

Cette transposition s'est notamment traduite par la loi sectorielle 17/2009 du 23 novembre 2009, relative au libre accès aux activités de service et à leur exercice, imposant le principe du silence-acceptation pour les régimes d'autorisation instaurés par l'État pour l'accès à une activité de service ou à son exercice, conformément aux possibilités offertes par la directive. La loi n'admet de dérogations que pour des raisons impérieuses d'intérêt général.

Elle s'est également traduite de manière plus générale par la loi 25/2009 du 22 décembre 2009, portant modification de diverses lois pour leur adaptation à la loi 17/2009. Cette loi renforce le principe du silence-acceptation dans tous les secteurs de l'activité administrative. Elle modifie à cet effet l'article 43 de la loi 30/1992 afin d'exiger que toutes les exceptions législatives au principe soient désormais justifiées par des raisons impérieuses d'intérêt général.

Cependant, cet effort de généralisation de la décision implicite d'acceptation s'est vu assez largement entravé par l'apparition quasi-simultanée de régimes d'exceptions ainsi que par une interprétation relativement extensive des raisons impérieuses d'intérêt général (quand elles ne sont pas purement ignorées), couplée à une interprétation cette fois-ci restrictive du mécanisme du « double-silence » par le juge administratif espagnol.

L'étude de la décision implicite en droit public espagnol confirme la tendance que nous avions déjà commencé à relever dans les autres États, y compris la France, attribuant un sens positif au silence de l'Administration : aucun de ces systèmes ne faisait du silence positif de l'Administration une règle générale, et les diverses tentatives de généralisation sous l'influence de l'Union européenne se sont soldées par des succès très relatifs. La principale tendance commune à tous les États étudiés que nous pouvons relever réside dans l'excessif encadrement du silence-acceptation, le vidant bien souvent de son utilité, ou rendant du moins la situation juridique de l'implicite encore plus complexe à cause de la multiplication des nombreux régimes dérogatoires.

4) La décision implicite en Belgique

Pour achever cette analyse des États ayant attribué un sens positif au silence de l'Administration, nous nous intéresserons au cas de la Belgique. L'intérêt de ce système tient au fait de l'existence d'un régime d'acceptation tacite sans la volonté de le généraliser.

La Belgique connaît une règle de portée générale selon laquelle le silence de l'Administration vaut décision de rejet depuis l'entrée en vigueur de la loi du 3 juin 1971 modifiant la loi du 23 décembre 1946 organique du Conseil d'État. Il s'agit plus précisément de l'article

14§3 des lois coordonnées sur le Conseil d'État, modifié par la loi du 25 mai 1999, considéré comme loi organique du silence administratif.

L'article dispose que « *lorsqu'une autorité administrative est tenue de statuer et qu'à l'expiration d'un délai de quatre mois prenant cours à la mise en demeure de statuer qui lui est notifiée par un intéressé, il n'est pas intervenu de décision, le silence de l'autorité est réputé constituer une décision de rejet susceptible de recours. Cette disposition ne préjudicie pas aux dispositions spéciales qui établissent un délai différent ou qui attachent des effets différents au silence de l'autorité administrative* ».

Plusieurs conséquences découlent de cette disposition. Tout d'abord, il est possible de relever que l'article précise que cette règle s'applique dès lors qu'une « autorité administrative est tenue de statuer ». Nous pouvons donc en déduire logiquement que l'Administration n'est pas toujours soumise à une obligation de statuer, auquel cas la règle de la décision implicite ne s'applique pas[949].

L'Administration « est tenue de statuer » dans les hypothèses suivantes : lorsqu'elle est saisie d'une demande officielle (de permis, d'agrément, de subside, etc.) ; lorsque le pouvoir exécutif doit prendre les arrêtés nécessaires pour l'exécution des lois, des décrets et des ordonnances ; lorsqu'il s'agit d'un recours administratif organisé (prévu par le droit).

Ensuite, afin que puisse naître une décision implicite de rejet, l'autorité administrative doit avoir été mise en demeure de statuer. Cette mise en demeure doit être précise et suffisamment motivée[950].

Si le droit public belge connaît une règle générale interprétant le silence de l'Administration de manière négative, il connaît également depuis les années 1960 des hypothèses dans lesquelles le silence possède un sens positif. Il s'agit essentiellement de procédures d'autorisation en matière d'urbanisme et de police des établissements classés comme « dangereux, incommodes ou insalubres ». Toutefois, à la différence des autres États dont nous avons étudié les régimes jusqu'à présent, le droit public belge ne connaît pas de dynamique tendant à la généralisation du silence-acceptation.

Il semble à ce titre intéressant de constater que si le droit de l'Union européenne influence largement les États membres en ce qui concerne le recours à la décision implicite, il ne l'impose aucunement. En effet, ce phénomène tendant à la généralisation de l'implicite, et notamment de la décision implicite d'acceptation, ne ressort d'aucun texte en particulier mais

[949] C'est par exemple le cas pour un recours gracieux sans obligation de réponse. Voir : CE, 23 novembre 2007, *Mauléon c/ Ville de Namur*.
[950] Voir : CE belge, 21 septembre 2005, *Lemaire c/ Commission constituée auprès des Facultés Notre-Dame-de la Paix à Namur*.

découle plus largement du développement du droit administratif européen, sur lequel nous reviendrons plus en détail dans les développements suivants[951].

À titre d'exemple, nous pouvons citer les demandes de prorogation d'un permis en région bruxelloise, qui sont réputées accordées en cas de silence de la part de l'autorité administrative ou encore, le mécanisme du « permis tacite » découlant de l'article 110, al. 1 de la loi organique des centres publics d'aide sociale du 8 juillet 1976 qui dispose que si l'autorité de tutelle n'a notifié aucun avis ou décision dans le délai prescrit par la loi, elle est censée avoir émis un avis favorable ou avoir donné l'autorisation ou l'approbation requise.

Toutefois, le Conseil d'État belge a posé deux conditions[952] pour que ce permis tacite puisse être accordé : il est tout d'abord nécessaire que le demandeur fonde sur une base légale son droit de passer à l'exécution des travaux ou d'accomplir les actes pour lesquels il a sollicité un permis et il faut ensuite qu'il n'existe aucun acte administratif, il faut donc que l'octroi du permis tacite soit le dernier recours du demandeur.

On remarque alors que malgré l'existence d'hypothèses de silence-acceptation, le droit public belge restreint son champ d'application au strict minimum (notamment dans le cas où les droits sont déjà supposément acquis et nécessitent simplement une approbation de « routine ») et l'encadre assez fortement, ce qui n'est pas sans faire penser à la situation de la France avant 2000.

L'autre fait intéressant à relever réside dans le fait qu'à plusieurs reprises, le mécanisme du « permis tacite » a été jugé inconstitutionnel en raison de l'absence d'examen des demandes par l'administration sous le contrôle d'un juge. Ce que nous identifiions comme un risque important à l'encontre de la sécurité juridique et du principe de légalité en France est juridiquement sanctionné par la Cour constitutionnelle de Belgique, ce qui nous conforte dans notre idée du danger juridique que représente la décision implicite d'acceptation (et ce en dépit du fait que nous comparons deux ordres juridiques différents).

C'est notamment lors d'une décision rendue le 7 juin 2001 que la Cour constitutionnelle de Belgique a constaté l'existence d'une violation des articles 10[953] et 11[954] de la Constitution

[951] Voir *infra.*, §1, B, p. 332.
[952] Voir : Conseil d'État belge, décision n° 58.810 du 26 mars 1996, *Christiaens Auto-Industries et crts.* ; Conseil d'État belge, décision n° 63.963 du 10 janvier 1997, *Commune de Momignies*.
[953] Principe d'égalité devant la loi.
[954] Principe de non-discrimination et protection des droits et libertés des minorités idéologiques et philosophiques.

de Belgique (combinés avec l'article 23, al. 3, 4°)[955] par l'article 137, al. 2, de l'ordonnance du Conseil de Région Bruxelles-capitale en date du 29 août 1991[956].

Sans remettre en cause la pertinence du permis tacite mis en place par l'ordonnance par rapport à l'objectif de « ne pas pénaliser l'administré pour la passivité, voire l'incurie ou la mauvaise volonté, de l'administration », la Cour considère néanmoins qu'il porte une atteinte disproportionnée aux droits des tiers dans la mesure où le juge ne peut exercer aucun contrôle de la décision administrative, ce que nous avions déjà relevé concernant la pratique de la décision implicite en France.

Il se trouve donc que la Belgique nous apporte un éclairage différent sur le sujet de notre étude dans la mesure où, si l'on regroupe ensemble tous les éléments dont nous venons de discuter, il ressort que la décision implicite en droit public belge est, quel que soit le sens qui lui est donné, fortement encadré par le législateur. Certains auteurs reconnaissent ainsi que si dans l'esprit, la décision implicite présente toujours un intérêt, la pratique tend à démontrer l'inverse dans la mesure où le mécanisme n'est finalement applicable qu'à des domaines dans lesquels il est compatible avec le droit européen et la Constitution, ce qui constitue indéniablement deux limites majeures[957].

B. L'absence de recours à la décision implicite contre l'inertie administrative dans certains États

Nous poursuivons notre étude de la décision implicite dans les systèmes étrangers en nous focalisant cette fois sur la Suède (1), la Grande-Bretagne (2) et les États-Unis (3). Ces systèmes juridiques présentent la caractéristique commune de ne pas recourir à la décision implicite pour contrer l'inaction de l'Administration. Il semble donc pertinent de nous y intéresser afin de comprendre par quels moyens ces États règlent la problématique de l'inertie administrative.

Il convient en effet de préciser que ce n'est pas parce que le mécanisme de la décision implicite n'existe pas dans ces systèmes que la question juridique de l'inaction de l'Administration n'est pas pour autant évoquée. En outre, nous pouvons ajouter que dans certains de ces systèmes, si la décision implicite existe d'un point de vue conceptuel, cette existence est purement virtuelle dans la mesure où il existe d'autres manières de pallier ce silence administratif, ce que nous allons étudier dans les prochains développements.

[955] Droit à la protection d'un environnement sain.
[956] Ordonnance organique de planification et de l'urbanisme.
[957] Voir : LEROY (M.), *Contentieux administratif*, Bruxelles, 2008, p. 288.

Pascale GONOD écrit que « *l'Allemagne, la Suède et la Grande-Bretagne, pays aux cultures juridiques pourtant distinctes, ont en commun d'ignorer la fiction du silence de l'administration, jusqu'à ce que celle-ci s'impose par le jeu des exigences européennes. Et c'est l'une des raisons pour lesquelles la transposition de la directive « services » a pu être source de réelles difficultés* »[958].

Il faut selon nous comprendre par cette phrase non pas que ces systèmes ont adopté un quelconque régime de décision implicite sous l'influence du droit de l'Union européenne, mais qu'ils ont dû néanmoins réfléchir à la manière de transposer la directive dite « services » dans leurs systèmes respectifs, dans lesquels il n'existe aucun régime de décision implicite.
Le seul bémol que nous relevons ici concerne le cas de l'Allemagne qui, comme nous l'avons vu, n'ignorait pas la fiction juridique du silence avant l'intervention de la directive européenne mais qui, loin d'en faire une règle générale, lui réservait une place très marginale dans son droit public.

1) Le silence de l'Administration en Suède

Pascale GONOD relève qu'a priori, si l'on se réfère au fait qu'il n'existe pas de règle générale concernant la question de la décision implicite en Suède, la question de l'inertie administrative ne se poserait pas[959]. Cette impression est le fruit d'au moins deux facteurs. Le premier résulte sans aucun doute de la démographie suédoise. En effet, avec environ 1.2 millions d'agents publics pour à peine plus de dix millions d'habitants, la Suède peut compter sur un ratio d'administrateurs par administré plus que convenable pour permettre de limiter les cas d'inertie administrative[960]. Cela s'explique notamment par la nature historiquement interventionniste des pays scandinaves. De ce fait, le rapport à l'usager n'est pas le même qu'en France et cela influe logiquement sur la conception du silence administratif.

Le second facteur réside dans la juridictionnalisation de la procédure administrative. Si l'impression de l'inexistence des situations de passivité de l'Administration suédoise existe, elle demeure une impression. L'inertie de l'Administration est une réalité en Suède comme dans tous les autres pays, elle n'y fait pas exception, ne serait-ce que dans l'hypothèse de l'erreur. Simplement, le fait que la procédure administrative soit juridictionnalisée signifie que l'Administration opposant un silence à l'administré peut être juridiquement contrainte à agir.

Il existe en Suède une autorité que l'on nomme *Ombudsman* – équivalent du Défenseur des droits français en termes de rôle – qui peut être saisi par les administrés à qui il est fait grief. Pascale GONOD précise à ce titre que si « *ce dernier dispose de moyens coercitifs pour*

[958] GONOD (P.), *Le sens du silence de l'administration : bref aperçu de quelques solutions étrangères*, RFDA 2014, p. 43.
[959] *Ibid.*
[960] Ces chiffres peuvent être trouvés sur le site www.fonction-publique.gouv.fr.

briser au besoin cette passivité, en ce domaine comme en de nombreux autres, nul besoin pour lui, dans les faits, de les mobiliser : son autorité morale suffirait pour faire plier une administration, qui par son silence, se montrerait récalcitrante à apporter une réponse à une demande »[961].

En outre, le *Justitiekansler* (Chancelier de justice)[962] constitue une autre voie permettant de rechercher la responsabilité de l'Administration dans l'hypothèse où le silence de cette dernière aurait causé des dommages. Dans tous les cas, les exemples de litiges avérés concernant la passivité de l'Administration semblent impossibles à trouver. Pascale GONOD n'est pas parvenue à trouver d'illustrations, et nos propres recherches ne se sont pas montrées plus fructueuses.

L'auteure conclut en précisant que contrairement à ce que l'on serait tenté de croire : « *les situations de passivité de l'administration ne sont pas ignorées par le droit : l'absence de règle générale n'est aucunement liée à un oubli ou une étourderie du législateur, puisque, lorsqu'a été adoptée la législation sur la procédure administrative à la fin des années 60, à la question : 'en cas de silence, quel recours ?', la réponse fut sans détours : 'l'Ombudsman'* »[963].[964]

2) Le silence de l'Administration en Grande-Bretagne

L'exemple de la Grande-Bretagne est relativement similaire à celui de la Suède dans la mesure où il n'existe pas de règle juridique générale relative au silence de l'Administration, ni même concernant un éventuel délai raisonnable pour statuer.

Plus curieusement cependant, il semble que la question du silence de l'Administration soit purement et simplement éludée par la doctrine. On trouve des ouvrages et autres travaux théoriques sur la notion de « maladministration » (quoique très peu)[965], mais aucun ne mentionne les délais de réponse administratifs ou l'hypothèse de l'absence de réponse comme cause potentielle de cette maladministration.

---

[961] GONOD (P.), *Le sens du silence de l'administration : bref aperçu de quelques solutions étrangères*, RFDA 2014, p. 43.

[962] En Suède, le *Justitiekansler* est un haut fonctionnaire de l'État dont l'autorité est parmi les plus importantes.

[963] GONOD (P.), *Le sens du silence de l'administration : bref aperçu de quelques solutions étrangères*, RFDA 2014, p. 43.

[964] Voir : JONASON (P.), *Les débats sur la réforme de la procédure administrative en Suède*, in *Droit comparé de la procédure administrative / Comparative Law of Administrative Procedure*, de Jean-Bernard AUBY, Bruylant, 2016, p. 937-946.

[965] Comme le souligne Maryse DEGUERGUE, « *la maladministration est davantage un concept de science administrative qu'une notion juridique et c'est la raison pour laquelle les études qui la concernent sont peu nombreuses et presque toutes reliées à l'activité du Médiateur de la République* » (DEGUERGUE (M.), *Les dysfonctionnements du service public de la justice*, RFAP 2008/1 (n° 125), p. 151-167, spéc. p. 154). Il est possible de s'appuyer sur les travaux de : SABOURIN (P.), *Recherches sur la*

Il existe certes un certain nombre (restreint) de législations spéciales (notamment en matière d'urbanisme, comme c'est souvent le cas pour beaucoup d'États) faisant mention du silence de l'Administration et de la manière de le traduire[966]. Mais la règle générale demeure celle selon laquelle « *les autorités administratives ayant une obligation d'agir de source législative peuvent être contraintes à les exécuter par un jugement de mandatus*[967] »[968].

3) Le silence de l'Administration aux États-Unis

Afin d'achever cette étude non exhaustive de la manière de résoudre le silence de l'Administration dans différents pays, il convient de s'éloigner de l'Europe pour s'intéresser à présent aux États-Unis.

Au niveau national, c'est l'*Administrative Procedure Act* (APA)[969] qui constitue la norme législative de référence en matière de procédure administrative. Cependant, cette loi précise que toute administration doit répondre aux questions qui lui sont soumises dans un délai raisonnable[970], sans pour autant établir de délai spécifique. Il est alors nécessaire de regarder le contenu des lois organiques de chaque administration afin de connaître les délais à l'expiration desquels le silence n'est plus acceptable.

L'autre problème toutefois réside dans le fait que ces lois, si elles fixent les délais raisonnables pour chacune des Administrations, elles n'en donnent quasiment jamais le sens.

L'administré se heurtant au silence de l'Administration peut en revanche, à défaut de pouvoir se prévaloir d'une décision implicite, saisir le juge chargé de contrôler l'action administrative afin, le cas échéant, d'obtenir une indemnisation[971].

Dans la pratique toutefois, il ressort d'une jurisprudence constante que la réparation du préjudice lié au silence de l'Administration se traduit par une injonction d'agir.

---

notion de maladministration dans le système français, AJDA, 1974, p. 400 ; CHARLIER (R.), *La maladministration*, RFAP, 1988, p. 7 ; DELAUNAY (B.), *La faute de l'administration*, LGDJ, 2007, p. 132, n° 169 et note 5.

[966] Par exemple, nous pouvons nous appuyer sur l'illustration classique d'octroi du permis de construire. En effet, dans ce cas précis, il est prévu que si l'administration ne répond à la demande de permis de construire de l'intéressé dans un certain délai (prévu par la loi), le permis est considéré comme étant refusé.

On remarque qu'à l'inverse de beaucoup de systèmes étrangers, la Grande-Bretagne est l'un des rares pays à considérer le silence en matière d'urbanisme comme un rejet plutôt que comme une acceptation.

[967] Sur la notion de *mandatus*, voir FORDMAN (M.), *Judicial review handbook*, Hart Publising, 6e éd, 2012, p. 445 ; et, cité par FROMONT (M.), *Droit administratif des États européens*, PUF, 2006, p. 225 ; *Wade § Forsyth, Administrative law*, Oxford, 2004, p. 615, cité par FROMONT (M.), *Droit administratif des États européens*, PUF, 2006, p. 225.

[968] GONOD (P.), *Le sens du silence de l'administration : bref aperçu de quelques solutions étrangères*, RFDA 2014, p. 44.

[969] Codifié dans le U.S. Code au Titre 5 (§§500 à 596).

[970] 5 U.S.C. § 555(b) : « *Within a reasonable time, each agency shall proceed to conclude a matter presented to it* »

[971] 5 U.S.C. § 706(1): « *The reviewing court shall compel agency action unlawfully withheld or unreasonably delayed* »

En effet, pour des raisons tenant essentiellement à la conception rigide de la séparation des pouvoirs aux États-Unis, les tribunaux se refusent majoritairement à se substituer à l'Administration. C'est pourquoi, en cas de manquement de l'Administration à son obligation d'agir, le juge fixera un nouveau délai pour qu'elle réponde[972], ou lui demandera de se fixer elle-même un délai[973], ou enfin lui demandera simplement d'agir dans les meilleurs délais[974].

En dehors de la décision juridictionnelle, le silence administratif peut-être résolu par l'Administration elle-même. Il est en effet de jurisprudence constante que les décisions prises même tardivement sont valables[975].

Il est donc possible de formuler l'observation suivante : aux États-Unis, lorsqu'une administration ne décide pas dans les temps, le pouvoir de décider demeure néanmoins et l'administré victime du silence de l'Administration ne peut que saisir le juge afin que celui-ci « contraigne » l'Administration à agir.

Logiquement, le juge ne peut réviser une décision administrative que dans la mesure où celle-ci existe. Or, dans la mesure où – hormis dans de rares cas – le silence de l'Administration ne génère pas de décision implicite, les options à la disposition des administrés restent très limitées.

De ce point de vue, le système américain ne semble donc pas exempt de défauts. Nous élaborerons cette idée plus en détail dans le paragraphe suivant[976].

Comme nous l'avons évoqué au début de ce développement, seules les lois « organiques » des administrations répondent au cas par cas à la question de la signification d'une absence de décision. À titre d'exemple, le *Freedom of Information Act* prévoit, à son article 552(6)(c) (i)[977], que l'absence de réponse de la part de l'administration dans le délai prescrit équivaut à un refus, puisque dans un tel cas, l'administré est considéré comme ayant épuisé ses recours administratifs, pouvant ainsi se prévaloir d'un recours en révision judiciaire.

Enfin, il convient de rappeler que l'état du droit n'est pas le même selon l'État dans lequel on se situe. Cela signifie que concernant le sens à donner au silence de l'Administration, chaque État dispose de ses règles propres, régissant les administrations étatiques. Ainsi, il est possible de trouver dans l'État du Minnesota un exemple de décision implicite d'acceptation.

---

[972] *Legal Foundation v. Badgley*, 309 F.3d 1166, 1177 (9th Cir. 2002).
[973] *Alaska Ctr. for the Environment v. Browner*, 20 F.3d 981, 987 (9th Cir. 1994).
[974] *Public Citizen Health Research Group v. Auchter*, 702 F.2d 1150, 1159 (D.C. Cir. 1983).
[975] *Administrative Agencies and Claims of Unreasonable Delay: Analysis of Court Treatment*, Congressional Research Service (CRS Report for Congress), March 21, 2013, Summary.
[976] Voir *infra*, §2, B, p. 345.
[977] 5 U.S.C. § 552: « *Any person making a request to any agency for records under paragraph (1), (2), or (3) of this subsection shall be deemed to have exhausted his administrative remedies with respect to such request if the agency fails to comply with the applicable time limit provisions of this paragraph* »

En effet, il existe une règle prévoyant qu'une administration doit, dans les 60 jours, approuver ou refuser l'octroi d'un permis ou d'une autorisation en matière de zonage, de fosses septiques ou de conservation des sols et de l'eau[978].

Il nous est donc permis de constater à travers l'étude de ces différents systèmes que l'un des palliatifs au silence de l'Administration peut résider dans une juridictionnalisation de la procédure administrative[979], rendant de ce fait presque nul l'intérêt de la décision implicite. Toutefois, l'exemple américain vient nuancer cette idée en montrant les limites de cette juridictionnalisation.

L'autre constat que nous pouvons retirer de ces analyses consiste dans le fait que, peu importe la manière de répondre à la problématique du silence administratif, les cas où ce dernier se traduit par une décision implicite positive concernent souvent des procédures pour lesquelles le silence-acceptation constitue un gain de temps potentiel. Il s'agit donc d'un outil d'accélération des procédures ayant vocation à être restreint plutôt que comme une réponse générale à l'inertie de l'Administration.

§2. Les lacunes du dispositif français à la lumière des systèmes étrangers

Après avoir étudié quelques exemples étrangers concernant la manière de résoudre la problématique du silence de l'Administration, il apparaît opportun d'en tirer les conséquences et de les confronter au système français. Le but n'est évidemment pas d'effectuer un quelconque classement, mais plutôt de tenter de comprendre ce qui fonctionne ou non à l'étranger, et surtout de comprendre les raisons des réussites et des échecs de chacun des systèmes. Cette comparaison permet notamment de se rendre compte de certaines déficiences du système français, inhérentes ou non à la décision implicite **(A)** mais invite également à relativiser certaines de ces lacunes, apparemment communes à de nombreux systèmes administratifs **(B)**.

---

[978] Minnesota Statutes § 15.99(2)(a) : « *Except as otherwise provided in this section, and notwithstanding any other law to the contrary, an agency must approve or deny within 60 days a written request relating to zoning, septic systems, watershed district review, soil and water conservation district review, or expansion of the metropolitan urban service area for a permit, license, or other governmental approval of an action. Failure of an agency to deny a request within 60 days is approval of the request* ». Nous pouvons traduire cela par : « *Sauf disposition contraire de la présente section, et nonobstant toute autre loi à l'effet contraire, une agence doit approuver ou refuser dans les 60 jours une demande écrite relative au zonage, aux systèmes septiques, à l'examen du district hydrographique, à l'examen du district de conservation des sols et de l'eau ou à l'expansion de la zone de desserte urbaine métropolitaine la délivrance d'un permis, d'une licence ou de toute autre approbation gouvernementale de faire. L'absence de réponse négative d'une agence à une telle demande dans les 60 jours constitue l'approbation de ladite demande* ».

[979] Il est possible de débattre de cette juridictionnalisation en Suède dans la mesure où l'*Ombudsman* n'est pas à proprement parler une juridiction. Cela étant, nous utilisons le terme de manière volontairement large afin d'inclure le système suédois, plus proche des autres systèmes évoqués dans cette sous-partie que de ceux reposant de manière plus importante sur le mécanisme de la décision implicite.

A. Des lacunes clairement identifiables

La première de ces lacunes, et probablement la plus évidente, peut être identifiée dans la raison d'être de la décision implicite dans notre système juridique. L'éclairage fourni par l'étude des systèmes étrangers nous permet de soulever l'interrogation suivante : pourquoi la décision implicite ? Nous avons pu voir à travers ce travail de recherche qu'originellement, la décision implicite (de rejet notamment) a vu le jour afin de permettre aux administrés de contester une décision administrative qui, faute d'action de la part de l'Administration concernée, demeurait fictive. Cette réponse pourrait bien se suffire à elle-même si elle ne soulevait pas une autre question : pourquoi le droit public français n'a-t-il pas prévu dès son origine un moyen pour contrer cette potentielle défaillance administrative, pourtant réaliste ?

Nous pourrions en réalité poursuivre ce jeu de questionnement arborescent pendant un certain temps, notamment en évoquant des justifications liées au principe de la décision administrative préalable ou au mécanisme du recours pour excès de pouvoir, mais toujours nous retomberions sur cette ultime question pourtant si générale en apparence : pourquoi ?

Il nous semble que la réponse à cette interrogation, ou du moins le commencement d'une réponse, réside dans le constat que la décision implicite semble toujours, peu importe qu'il s'agisse du système français ou d'un système étranger, naître d'une insuffisance des voies juridictionnelles ouvertes. La décision implicite serait alors, au-delà d'une fiction de liaison du contentieux, une compensation artificielle de cette insuffisance, apparemment commune à tous les systèmes juridiques recourant à la décision implicite. L'inverse est-il cependant vrai ? La panacée résiderait-elle dans la juridictionnalisation des procédures administratives ? Nous ne le pensons pas non plus, d'où la complexité de la question. Nous reviendrons cependant sur ce point précis dans la sous-partie suivante[980].

Cette réflexion nous amène à réfléchir sur la question plus fondamentale de l'utilité de la fiction, a fortiori dans un contexte où l'on tend à vouloir généraliser son usage. D'autant plus que, comme nous le soulevions au début de cette thèse, le droit public français place la décision implicite de rejet et celle d'acceptation au même niveau d'un point de vue juridique : dans les deux cas, il s'agit d'une décision administrative emportant ainsi tous les effets d'une décision expresse de rejet ou d'acceptation. Pourtant, l'implicite n'autorise pas, selon nous, cette confusion des portées.

Cela signifie que la décision implicite, selon le sens qu'on lui octroie, n'a pas la même utilité. En effet, si le silence-négatif permet la liaison du contentieux, la décision implicite d'acceptation, si elle le permet indirectement, n'a pas pour objet de lier le contentieux. Une décision positive, octroyant potentiellement un droit au demandeur à l'origine de la demande,

[980] Voir *infra*, B, p. 345.

donne simplement une alternative à l'Administration quant à la manière de rendre sa décision. C'est du moins l'opinion que nous défendons ici.

Ainsi, pour répondre à la première question posée, il est nécessaire de distinguer selon qu'il s'agit d'une décision implicite d'acceptation ou de rejet. La seconde est « utile » en ce qu'elle permet de pallier l'absence de réponse de l'Administration, empêchant directement l'administré lésé de se pourvoir en justice. Cette utilité de la décision implicite de rejet est relative dans la mesure où elle est rendue indispensable par les règles inhérentes au système de justice administrative français. La décision implicite de rejet, en France, est donc d'abord nécessaire avant d'être « utile » à proprement parler. Une juridictionnalisation accrue de la procédure administrative, notamment par une extension du droit de regard du juge compétent sur le contenu des décisions administratives par exemple, pourrait – en théorie du moins – rendre très accessoire la décision implicite. Nous nous intéresserons plus en détail à cette hypothèse dans la seconde partie du présent développement.

Pour la décision implicite d'acceptation en revanche, il est plus délicat de déterminer son degré d'utilité et c'est précisément ce qui, couplé à la volonté récente de généraliser ce sens positif du silence de l'Administration, pose problème. C'est ce que nous traduisions par l'appréhension difficile du mécanisme par le droit public français : que ce soit à l'échelle de l'Union européenne ou de la France, la décision implicite d'acceptation est perçue comme un moyen de simplification du droit public et surtout, d'accélération des procédures administratives. Or, les exemples sur lesquels nous avons pu appuyer notre démonstration démontrent que cette utilité du silence-acceptation reste encore à démontrer, quand elle n'est pas purement et simplement remise en question par une complexification accrue du droit et de la procédure administrative.

En ce qui concerne la France spécifiquement, le bilan de l'inversion du principe du silence-rejet reste assez largement mitigé[981] et cette réforme constitue finalement selon nous un autre exemple d'intégration plus ou moins automatique dans notre ordre juridique d'une politique émanant de l'Union européenne, sans que cette dernière ait été réellement anticipée ou réfléchie pour être adaptée à notre système juridique. Assez curieusement, la tendance s'est répandue dans les États de l'Union européenne et ne semble cependant fonctionner dans aucun. Sans doute faut-il laisser le temps aux différents systèmes de s'adapter, mais les applications actuelles n'augurent pas nécessairement un destin favorable à la décision implicite d'acceptation si la tendance à sa généralisation persiste.

La décision implicite d'acceptation demeure donc à notre sens une anomalie juridique dont il faut déterminer le cadre avec plus de précision afin de lui octroyer une réelle utilité.

[981] Voir : Rapport d'information n° 629, « *Le silence de l'Administration vaut acceptation* » *: Rapport d'évaluation de la loi du 12 novembre 2013*, 2015.

De manière plus pragmatique et concernant directement le fonctionnement de la décision implicite d'acceptation spécifiquement, l'autre faiblesse qu'il est possible d'évoquer est celle de la signification de la décision implicite aux personnes affectées par celle-ci. Il s'agit ici d'un point délicat et que nous considérons être la plus grande faille structurelle du mécanisme de l'implicite, quand le sens qui lui est donné est positif.

Il nous semble y avoir essentiellement deux points à aborder concernant cette problématique. D'une part, il y a la question de la preuve de l'existence de la décision implicite d'acceptation. D'autre part, il paraît pertinent d'aborder la question de l'exécution de la décision implicite d'acceptation, directement liée à la problématique de l'attestation de la formation d'une décision implicite d'acceptation.

1) La preuve de la formation de la décision implicite d'acceptation

L'une des questions relativement ignorées sur le sujet de la décision implicite d'acceptation concerne la manière de prouver la formation d'une telle décision. Car s'il est vrai de dire que tous les systèmes octroyant au silence de l'Administration un sens positif (qu'il s'agisse d'une règle générale ou non) laissent la possibilité à l'administré de demander la délivrance d'une attestation à l'Administration compétente[982], l'étude de la jurisprudence administrative montre que la réalité juridique est parfois différente.

En droit public français, lorsque l'administré formule une demande à l'Administration, un accusé de réception indique le sens à donner au silence éventuellement maintenu par cette dernière pendant un délai donné. Si au bout du délai annoncé le silence donne lieu à une décision implicite de rejet, l'accusé de réception mentionne simplement les délais et voies de recours à l'encontre de la décision (en cas d'absence de ces mentions, le délai de recours contentieux ne commence jamais à courir). Si en revanche le silence maintenu par l'Administration sur la demande donne lieu à une décision implicite d'acceptation, l'accusé de réception mentionne la possibilité offerte au demandeur de se voir délivrer une attestation de la formation de la décision implicite d'acceptation[983].

Cette possibilité découle de l'article L. 232-3 du Code des relations entre le public et l'Administration (CRPA) qui dispose de manière claire que : « *La décision implicite d'acceptation fait l'objet, à la demande de l'intéressé, d'une attestation délivrée par l'administration* ». Cette possibilité offerte à l'administré découle directement d'une volonté de garantir la sécurité juridique en évitant notamment que les bénéficiaires d'une décision implicite d'acceptation ne

[982] En droit public allemand par exemple, le point 3 de l'article 42a de la loi sur les procédures administratives met à la charge de l'administration une obligation de délivrer une attestation sur demande du destinataire et des tiers concernés.
[983] Voir l'article R. 112-5 du Code des relations entre le public de l'administration.

se heurtent à la situation dans laquelle le droit qu'ils tiennent de ladite décision serait remis en question, faute de preuve tangible[984].

Toutefois, plusieurs failles viennent troubler le bon fonctionnement de cette garantie. Le premier aléa que nous avons identifié procède directement du fait que l'article L. 232-3, dans la simplicité de sa rédaction, ne précise pas le délai dont dispose l'Administration pour répondre à cette demande de délivrance d'attestation, ni les éventuelles sanctions encourues en cas de manquement à répondre. Le deuxième point, qui vient s'ajouter à la remarque précédente, réside quant à lui dans le fait que la loi ne précise pas non plus s'il s'agit ou non d'une obligation à la charge de l'Administration (contrairement à la loi allemande).

Malgré les recherches effectuées, aucune information d'origine législative, réglementaire, jurisprudentielle ou doctrinale n'a permis d'éclairer concrètement le fonctionnement pratique de l'attestation de formation des décisions implicites d'acceptations. Le raisonnement qui suit est donc essentiellement fondé sur la mise en relation des textes précédemment cités.

En ce qui concerne le degré de contrainte sur l'Administration que suppose cette demande d'attestation, il semble relativement peu risqué d'admettre qu'à l'instar du droit public allemand, l'Administration française est également soumise à une obligation de transmettre cette attestation puisqu'il s'agit a priori d'un acte pour lequel sa compétence est liée. C'est d'ailleurs ce que semble confirmer l'article 12-2 al. 4 du décret n°2007-807 du 11 mai 2007 relatif aux associations, fondations, congrégations et établissements publics du culte et portant application de l'article 910 du Code civil, modifié par l'article 12 du décret n°2017-908 du 6 mai 2017, qui dispose sur cette question que : « *À la demande de l'association intéressée, le préfet* ***délivre*** *l'attestation prévue à l'article L. 232-3 du code des relations entre le public et l'administration* ». L'usage du mode affirmatif laisse supposer que l'autorité administrative n'a pas le choix.

Concernant la question du délai dont dispose l'Administration pour transmettre l'attestation de formation d'une décision implicite, il semble que celle-ci se soit posée au sein du Parlement mais sans qu'aucune réponse législative ou réglementaire ne soit encore apportée. En effet, il a été proposé de prévoir un délai de quinze jours pour délivrer une attestation de décision implicite d'acceptation sur le fondement de l'article L. 232-3 du CRPA dans la proposition de loi de M. Lionel TARDY et plusieurs de ses collègues, relative à l'effectivité et à l'efficacité du principe du « silence de l'administration vaut accord », n° 3730, déposée le 10 mai 2016. Il conviendra de suivre le parcours parlementaire de ce texte, toujours en première lecture à l'Assemblée Nationale à l'heure de l'écriture de ces lignes.

[984] Cette garantie est due au député Patrice CARVALHO (Voir : AN CRI 27 mai 1999).

Par raisonnement a contrario, cela signifie qu'actuellement, l'Administration n'est soumise à aucun délai légal pour transmettre cette attestation. Ce genre d'omission peut sembler curieux dans une loi de simplification dont le but est de rationaliser la décision implicite, et plus particulièrement de généraliser la décision implicite d'acceptation. Si l'on se fie au seul texte de l'article L. 232-3 du CRPA, il est possible de déduire qu'hypothétiquement, si un administré obtient de l'Administration une décision implicite d'acceptation et qu'il décide de faire la demande de l'attestation prouvant l'existence de celle-ci, il se trouve potentiellement sujet à un nouveau silence de l'Administration ! Cette situation donne lieu à l'une des hypothèses les plus néfastes pouvant découler de la mise en œuvre de la réforme de 2013 : si l'attestation n'est jamais délivrée, l'administré peut potentiellement ne jamais parvenir à faire valoir son droit. En effet, si l'Administration ne délivre pas l'attestation demandée, quelles voies sont ouvertes à l'administré ? Ce silence peut-il faire naître une nouvelle décision implicite ? Si oui, la boucle n'a aucune issue puisque cette demande concerne la délivrance d'une attestation, un acte donc nécessairement explicite. De ce fait, une nouvelle décision implicite d'acceptation n'a absolument aucune utilité pour celui qui en fait la demande. Voilà précisément l'une des rares hypothèses dans lesquelles l'implicite ne trouve pas à s'appliquer : lorsque la demande de l'administré vise l'obtention d'un acte matériel.

Il serait alors possible d'arguer que la demande de cette attestation ne demeure dans tous les cas qu'une faculté offerte à l'administré souhaitant obtenir la formalisation d'une décision implicite par acquit de conscience, que de ce fait l'utilité de ladite attestation n'est que relative. Ce serait alors commettre une erreur. En effet, il ressort de la jurisprudence que cette attestation est souvent requise par le juge administratif afin que l'administré puisse se prévaloir de son droit. L'aberration, nous allons le voir, se situe dans le fait que le juge administratif dissocie en quelque sorte la décision implicite d'acceptation du droit qu'elle attribue à son destinataire.

À titre d'illustration, le cas d'un contentieux concernant l'Institut national de la propriété industrielle (INPI) paraît pertinent[985]. L'INPI avait décidé, sans en avertir la société anglaise concernée, de ne plus considérer celle-ci comme mandataire de titulaires de brevets afin de recevoir des notifications de déchéance de brevet. L'anomalie résidait alors dans le fait que cette société avait pourtant déposé ses mandats auprès de l'autorité compétente de manière régulière, ce qu'elle faisait déjà depuis des années. Elle avait donc mis en demeure l'INPI de la réinstaurer en tant que mandataire apte à recevoir des notifications. Sans réponse de l'autorité administrative pendant plus de deux mois, la société requérante a donc saisi la cour d'appel de

[985] Exemple tiré de l'article « *Le silence gardé par l'administration pendant deux mois vaut décision implicite d'acceptation* » par Jean-Christophe GALLOUX, RTD com. 2016, p. 87.

Paris afin qu'elle tire les conséquences du silence de l'Administration sur sa demande (en l'occurrence une acceptation implicite), et pour qu'elle enjoigne l'INPI à respecter sa décision.

Le raisonnement de la cour d'appel de Paris dans sa décision du 9 février 2016, n° 15/16827 est intéressant dans la mesure où il conduit à ne donner que partiellement raison à la requérante.

En effet, elle reconnaît que la loi n° 2013/1005 du 12 novembre 2013 s'applique en l'espèce puisqu'aucun des décrets relatifs aux exceptions à ce principe en matière de propriété industrielle[986] ne concerne la situation des mandataires. Le juge reconnaît ainsi : « *Qu'il s'ensuit qu'en application des dispositions dudit article L. 231-1, le silence gardé par le directeur général de l'INPI sur la demande présentée par la société RWS Group vaut décision d'acceptation de cette demande à la date du 20 juin 2015* ». En revanche, et c'est ici ce qui nous intéresse davantage, la Cour d'appel de Paris estime ne pas devoir enjoindre l'INPI de rétablir la requérante dans ses droits, car elle n'a pas sollicité de l'INPI une attestation de décision implicite d'acceptation. En effet, elle considère « *qu'à titre principal, il appartenait à la société RWS Group de demander au directeur général de l'INPI, à partir du 20 juin 2015, l'attestation de décision implicite d'acceptation prévue par l'article L 232-3 du code des relations entre le public et l'administration ; Que dans la mesure où la société RWS Group n'a pas sollicité la délivrance de cette attestation, elle est irrecevable, faute d'intérêt à agir, à demander à titre principal qu'il soit fait injonction à l'INPI de respecter cette décision implicite d'acceptation* ».

En l'espèce, la Cour donne une interprétation *praeter legem* à la faculté normalement laissée à l'administré, selon le texte. J.-C. GALLOUX ajoute que « *cette interprétation est parfois celle des tribunaux administratifs, soucieux de ménager l'administration, mais qu'à ce jour, le Conseil d'État n'a pas validée* »[987].

À cause de ce mécanisme nécessaire à l'apport de la preuve de la formation d'une décision implicite d'acceptation, certaines procédures autrefois soumises au silence-rejet sont devenues bien plus longues et complexes lors de leur passage au régime du silence-acceptation en 2013 (cela concerne bien souvent les demandes d'autorisations ou d'agréments). Par exemple, une association faisant une demande de renouvellement de l'agrément au titre de la protection de l'environnement était avant la réforme de 2013 soumise à un régime de silence-rejet à l'expiration d'un délai de quatre mois. Après l'entrée en vigueur de la réforme, cette procédure se retrouve soumise au régime du silence-acceptation. Dès lors, l'association concernée faisant sa demande de renouvellement d'agrément, en supposant qu'elle réponde à toutes les conditions, doit désormais en plus d'attendre jusqu'à quatre mois afin d'obtenir une

[986] Voir les décrets n° : 2014-1280 et 2014-1281 du 23 octobre 2014 ; 2015-511 du 7 mai 2015 ; 2015-1436 du 6 novembre 2015.
[987] GALLOUX (J.-C.), *Le silence gardé par l'administration pendant deux mois vaut décision implicite d'acceptation*, RTD com. 2016, p. 88.

réponse de l'Administration, effectuer la démarche de demander une attestation de formation de la décision implicite d'acceptation et attendre que celle-ci la transmette. Car une fois de plus, la simple naissance de la décision favorable ne suffit pas juridiquement dans la mesure où il existe un article du Code de l'environnement disposant que : « *L'agrément est réputé refusé si, dans un délai de six mois à compter de l'avis de réception ou de la décharge prévue à l'article R. 141-8, l'association n'a pas reçu notification de la décision* »[988]. Encore une illustration de la complexification induite par la généralisation de la décision implicite.

Pour ces raisons, il est possible de considérer que la décision implicite d'acceptation est plus difficile à mettre en pratique que ne le laissent supposer les textes.

2) La question de l'exécution de la décision implicite d'acceptation

L'apport de la preuve de la décision implicite d'acceptation n'est malheureusement pas le seul obstacle à franchir pour l'administré qui souhaite se prévaloir du droit qu'il a acquis par ce biais. Il reste en effet, une fois la preuve obtenue, à faire exécuter la décision, ce qui peut parfois s'avérer anormalement difficile. Si cette problématique n'est pas spécialement propre à la décision implicite d'acceptation, elle possède néanmoins quelques caractéristiques qui lui sont spécifiques.

Afin d'illustrer ce propos, il est possible de s'appuyer sur l'application de la décision implicite d'acceptation en milieu carcéral. Ce milieu particulier offre un exemple certes extrême de l'application du droit, mais permet dans un même temps de prendre conscience de certaines réalités concernant cette même application. En l'occurrence, ainsi que le rappellent Ariane AMADO et Armand DESPRAIRIES, « *si à l'issue de deux mois l'administration pénitentiaire n'a pas répondu à la demande de la personne détenue et que celle-ci figure dans le champ d'application du "silence vaut acceptation", une décision administrative favorable à la personne détenue-demandeur entre en vigueur* »[989]. Sauf qu'ils précisent également que cette acceptation sera strictement impossible à mettre à exécution.

Le fait d'être tributaire de la bonne volonté ou non de l'administration pénitentiaire représente un frein important à la potentielle exécution de la décision implicite d'acceptation en l'espèce. L'exemple pris par les auteurs pour illustrer cette situation est celle de la décision implicite d'acceptation née de la demande d'une personne détenue de confession musulmane d'obtenir un tapis de prière. Cette décision restera logiquement ineffective jusqu'à ce que l'administration fournisse l'objet.

En effet, « *plutôt que de prendre une mesure contraire soumise aux contraintes procédurales, il suffira à l'administration pénitentiaire de rester inactive et la décision d'acceptation*

[988] Article R. 141-15 du Code de l'environnement.
[989] AMADO (A.) et DESPRAIRIES (A.), *L'exemple de l'application, en France, de la décision implicite en milieu carcéral: La décision implicite d'acceptation à l'épreuve de la matière pénitentiaire*, RSC 2018, p. 829.

demeura lettre morte »[990]. Ainsi, la décision implicite d'acceptation appliquée au milieu carcéral s'ajoute au nombre des évidences rappelant le non-respect des droits des personnes détenues par l'administration pénitentiaire.

Bien qu'il soit nécessaire de relativiser cette lacune du silence-acceptation par le fait qu'il s'agit d'une situation spécifique à un domaine particulier, il reste que cela s'oppose par essence à la généralisation d'un tel mécanisme, qui n'offre pas de garanties juridiques suffisantes à tous les administrés.

B. Des lacunes à relativiser

Malgré les différentes faiblesses de la fiction juridique du silence que nous avons pu relever, il est nécessaire de reconnaître que si leur réalité ne fait aucun doute, elles peuvent néanmoins être relativisées par le fait qu'elles sont souvent communes à la grande majorité des systèmes y ayant recours. Si ce constat ne change en rien la perception que nous pouvons avoir de la décision implicite en France, il permet cependant non seulement d'identifier les lacunes du mécanisme à une échelle plus large, mais également de réfléchir à des solutions de rationalisation de cette fiction juridique en s'attachant directement au cœur du problème, visiblement conceptuel.

L'un des premiers constats qu'il est possible de faire lorsque l'on s'intéresse à la décision implicite est celui de l'influence de l'Union européenne sur les tentatives de généralisation du silence-acceptation dans la plupart des États-membres. Si cela ne constitue pas intrinsèquement un problème, plusieurs difficultés naissent néanmoins de cette influence dans la mesure où beaucoup ont dû modifier leur manière d'appréhender la passivité de l'Administration à cause de l'obligation de transposition de la directive dite « Services »[991]. Notamment, l'idée selon laquelle le silence acceptation constitue une solution pour améliorer la célérité de l'action administrative[992]. La directive impose en effet aux États membres, d'une part, de réduire le nombre d'autorisations administratives préalables à l'accès aux activités de services et, d'autre part – et surtout –, leur impose de mettre en place le mécanisme du silence positif de l'Administration lorsque cela est possible[993].

---

[990] *Ibid.*

[991] Directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur.

[992] AUBY (J.-B.), DUTHEIL DE LA ROCHÈRE (J.), *À propos de la notion de droit administratif européen introduction à l'ouvrage droit administratif européen*, Revue française d'administration publique, 2007/3 (n° 123), p. 373-385.

[993] L'article 13§4 de la directive dispose qu'« *en l'absence de réponse dans le délai prévu, éventuellement prolongé […]l'autorisation est considérée comme octroyée. Toutefois, un régime différent peut être prévu lorsque cela est justifié par une raison impérieuse d'intérêt général, y compris l'intérêt légitime d'une tierce partie* ».

Le droit de l'Union européenne influence les droits nationaux en termes d'amélioration de procédures administratives, en particulier avec l'article 41 de la Charte des droits fondamentaux, siège des principes généraux de bonne administration, mais également par l'adoption par le Parlement européen en 2001 du code européen de bonne conduite administrative. Il est en outre possible d'évoquer la recommandation 4.6, annexe de la résolution n° 2012/2024(INL), transmise par le Parlement européen à la Commission en vue de l'élaboration d'un droit de la procédure administrative de l'Union européenne, laquelle précise que : « les décisions administratives sont prises dans un délai raisonnable et sans retard. Des délais sont fixés dans la règle applicable régissant chaque procédure spécifique. Si aucun délai n'est établi, il ne devrait pas dépasser trois mois à partir de la date de la demande de la partie intéressée »[994].

Nous l'avons déjà mentionné, plus qu'un texte un particulier, c'est davantage la rencontre entre les droits administratifs nationaux et le droit communautaire, aux objectifs initialement diamétralement opposés, qui a accentué la transformation des différents systèmes de droit étrangers vers une intégration plus poussée de la décision implicite. C'est de cette rencontre qu'est donc né le droit administratif européen. Le pionnier de cette discipline fut le professeur Jürgen SCHWARZE avec son ouvrage intitulé *Droit administratif européen*, d'abord publié en allemand en 1988.

« Il est clair que le droit communautaire imprime, dans les droits administratifs nationaux, l'effet de la dimension de concurrence et de libéralisation des échanges qui est en soi si importante »[995]. C'est cette tendance, en opposition avec les fonctionnements administratifs nationaux, qui a poussé de nombreux États à devoir s'adapter. La décision implicite d'acceptation et sa généralisation progressive semble avoir été la réponse apportée par la plupart de ces États, y compris la France, à la problématique de l'amélioration de la célérité administrative et donc, par extension, de la qualité du service à l'administré.

Pourtant, non seulement aucune étude préalable ne permet de faire cette corrélation à l'échelle européenne, mais il est également possible de se rendre compte que le facteur d'accélération de l'Administration que serait la généralisation de la décision implicite d'acceptation est compris de diverses manières.
En France, par exemple, c'est plutôt l'influence psychologique de l'implicite sur l'Administration qui semble constituer la condition de réussite de ce facteur de célérité[996], mais d'autres

[994] Recommandation 4.6, annexe de la résolution n° 2012/2024(INL) du Parlement européen du 15 janvier 2013 contenant des recommandations à la Commission sur un droit de la procédure administrative de l'Union européenne.
[995] AUBY (J.-B.), DUTHEIL DE LA ROCHÈRE (J.), *op. cit.,* p. 373-385.
[996] Voir : Rapport d'information n° 629, « *Le silence de l'Administration vaut acceptation* » *: Rapport d'évaluation de la loi du 12 novembre 2013*, 2015.

États comme l'Allemagne, considèrent l'implicite d'une manière plus pragmatique et plus utilitaire, et de ce fait la décision implicite d'acceptation équivaut à un gain de temps dans les domaines où celle-ci peut le permettre, le raisonnement n'allant pas beaucoup plus loin. Ces façons de percevoir la décision implicite d'acceptation comme facteur d'accélération des procédures administratives, déconnectées les unes des autres, interroge sur la réalité de cette conséquence comme découlant intrinsèquement du silence-positif.

Sans compter que dans certains États, la réalité selon laquelle l'interprétation positive du silence de l'Administration représenterait un gain de temps pour celle-ci reste encore à démontrer, ce qui remet d'autant plus en question l'opportunité de cette généralisation de la décision implicite d'acceptation à l'échelle de l'Union européenne. Si l'on reprend l'exemple de l'Espagne, on se rappelle que le silence de l'administration est traité par les articles 41 à 44 de la loi espagnole relative au régime juridique de l'administration et à la procédure administrative. Cependant, les textes sont très longs, ce qui, comme le relève P. GONOD, révèlerait « *les problèmes que cette question a toujours suscités dans une administration caractérisée par son manque de diligence, et qui hésite à se prononcer quand il faut répondre négativement…* »[997]. Il est relativement aisé de retirer de cette illustration que la décision implicite, quel que soit son sens, ne constitue pas un mécanisme présentant de manière inhérente les avantages que certaines théories semblent lui prêter. Le modèle espagnol le démontre clairement : lorsque l'Administration se trouve être dysfonctionnelle (au moins quand on se place au niveau des délais de traitement des demandes), la décision implicite ne paraît pas apporter de solution pertinente au problème. Pire, il est sans doute possible de considérer qu'elle complexifie davantage la situation en alourdissant le droit de nouvelles normes, elles-mêmes peu compréhensibles.

Pour évoquer un dernier point sur ce sujet, il est difficile d'isoler les effets de la décision implicite d'acceptation dans la mesure où même dans les États – à l'instar de la France – où l'interprétation positive du silence de l'Administration est devenue une règle générale, la réalité juridique ne le reflète quasiment jamais. Pour illustrer ce fait par d'autres exemples que celui de la France, il est possible de se tourner vers le Portugal ou les Pays-Bas, dans lesquels « la fiction du silence-acceptation serait des plus larges »[998]. Pour autant, tous les États recourant à la décision implicite, la règle générale est grevée d'un large nombre d'exceptions. Il ne faut donc pas se fier au sens du silence prôné par la règle générale.

C'est la raison pour laquelle nous estimons qu'il est difficile d'observer les effets de la seule décision implicite d'acceptation sur l'Administration active, a fortiori lorsqu'il s'agit de devoir déterminer si la décision implicite d'acceptation est le facteur d'une célérité accrue de

[997] GONOD (P.), *Le sens du silence de l'administration : bref aperçu de quelques solutions étrangères*, RFDA 2014, p. 45.
[998] GONOD (P.), *Le sens du silence de l'administration : bref aperçu de quelques solutions étrangères*, RFDA 2014, p. 45.

l'Administration lorsqu'elle est généralisée au plus grand nombre de procédures, ou davantage lorsqu'elle joue un rôle d'exception.

Certains pays ont d'ailleurs choisi de faire fi de cette distinction binaire principe/exceptions[999] et préfèrent ainsi régler au cas par cas le sort du silence, en listant de manière exhaustive les différentes hypothèses. C'est le cas notamment de la Pologne.

L'autre point qui fait relativiser les faiblesses des systèmes basés sur la décision implicite apparaît lorsque l'on se pose la question de savoir si, à l'inverse, un système dans lequel la décision implicite n'a pas d'existence répond de manière plus satisfaisante aux exigences de liaison du contentieux et de rapidité administrative requises aujourd'hui. La réponse doit être négative. En effet, lorsque l'on s'intéresse par exemple aux délais administratifs dans le système américain, constituant la meilleure illustration d'un système caractérisé par l'absence de décision implicite (du moins en tant que règle générale), il est possible de se rendre compte que la situation n'est pas fondamentalement plus enviable que la nôtre du point de vue des délais administratifs et, par extension, de la sécurité juridique des administrés[1000].

La conjonction de plusieurs facteurs que sont l'inexistence d'une règle générale traduisant le silence de l'Administration, l'absence de moyens réellement contraignants du juge contrôlant l'action administrative[1001] et le fait que l'Administration conserve son pouvoir, même lorsqu'elle se trouve hors délais[1002], résultent dans une Administration excessivement lente et surtout, contre laquelle l'administré ne peut presque rien faire sinon attendre. D'ailleurs, il nous semble pertinent de relever que si l'Administration américaine conserve son pouvoir même lorsqu'elle est hors délai, alors cela remet selon nous en question une partie substantielle du pouvoir d'injonction du juge, car à partir du moment où l'Administration peut à tout moment rectifier sa situation, le juge n'intervient alors qu'en tant que « garde-fou », dont l'utilité nous paraît déjà être plutôt émoussée par l'absence de moyens de contrainte à l'encontre de l'Administration.

---

[999] Voir *infra*, Section 2, §1, B, p. 358.

[1000] Voir notamment sur ce point : Roger C. CRAMTON, *Causes and Cures of Administrative Delay*, American Bar Association Journal, Vol. 58, No. 9 (September 1972), pp. 937-941 ; Wesley KAUFMANN, Gabel TAGGART & Barry BOZEMAN, *Administrative Delay, Red Tape, and Organizational Performance*, *Public Performance & Management Review*, Vol. 42, No. 3 (2019), 529-553.

[1001] Attorney General's Manual on the Administrative Procedure Act (U.S. Department of Justice), 1947. U.S., p. 108: « *Courts are not allowed to substitute their own discretion for agency discretion when forcing the agency to act on congressional mandates* ».

[1002] Administrative Agencies and Claims of Unreasonable Delay : Analysis of Court Treatment, Congressional Research Service (CRS Report for Congress), March 21, 2013, Summary : « *the Supreme Court has also established that agency rules still maintain the force of law, even when they are promulgated after a statutory deadline* ».

Ce constat est l'une des raisons pour lesquelles nous considérons que, quand bien même la décision implicite telle que nous l'utilisons en France (et par extension, dans les États européens concernés) présente aujourd'hui de nombreuses faiblesses, sa suppression pure et simple n'est pas non plus à envisager car, en témoigne l'exemple américain, l'absence de décision implicite n'implique pas nécessairement une Administration active plus rapide.

En outre, le rôle du juge administratif français et les pouvoirs dont il dispose à l'encontre de l'Administration, ne sont pas adaptés – selon nous – à l'hypothèse d'une juridictionnalisation[1003] totale de la procédure administrative (qui pourrait justifier l'abandon du mécanisme de la décision implicite). En effet il nous semble que le juge contrôlant l'action administrative en France joue un rôle hybride qui dessert indirectement la célérité globale de l'action administrative tout en surchargeant inutilement les prétoires.

Afin de pousser cette réflexion plus loin, il nous faut nous intéresser ici aux pouvoirs d'astreinte et d'injonction du juge administratif. En France, le pouvoir d'injonction semble jouer un rôle assez ambigu dans le contentieux administratif dans la mesure où il est à la fois un moyen d'exercer une certaine pression sur l'Administration en s'immisçant plutôt directement dans ses affaires, mais pourtant, les limites de ce pouvoir demeurent réelles, posant ainsi la question de l'efficacité concrète de ce pouvoir. Plus exactement, comme nous allons le voir, le développement du pouvoir d'injonction du juge administratif a eu un impact considérable sur son office, lui permettant d'avoir un meilleur contrôle de la portée de ses décisions, mais du point de vue de l'hypothèse que nous étudions, le pouvoir d'injonction ne nous semble pas être suffisamment efficace pour pouvoir envisager une disparition de la décision implicite de notre système juridique.

L'hypothèse peut sembler extrême, et elle l'est certainement, mais le but est de démontrer que le rôle actuel du juge administratif en France limite les hypothèses de transformation du mécanisme de la décision implicite, notamment si l'on cherche à réfléchir autour de la disparition de cette fiction juridique[1004].

Le pouvoir d'astreinte en revanche permet d'obtenir une garantie plus concrète de l'exécution des décisions implicites d'acceptation le cas échéant, mais là encore, peut-on réellement parler de solution pérenne alors qu'il est censé s'agir d'un pouvoir de dernier recours ?

[1003] Le Vocabulaire juridique définit ce terme comme étant « un procédé consistant à attribuer à des actes qui ne la comporterait normalement pas la qualification d'acte juridictionnel afin d'étendre le régime de ce dernier » (CORNU (G.), *Le Vocabulaire juridique*, PUF, 13ème éd., 2020. Entrée : « juridictionnalisation »). Il s'agit donc de donner au juge davantage de pouvoir de contrôle sur une situation juridique donnée.

[1004] Cette hypothèse sera évoquée en détail dans le dernier chapitre. Voir infra, p. 371.

Lorsque l'on s'intéresse au pouvoir d'injonction en France, il est courant de retenir une date en particulier : le 8 février 1995. Il s'agit la date de promulgation de la loi ayant permis au juge administratif de dépasser l'interdiction, qu'il s'était lui-même imposé, d'enjoindre à l'Administration d'agir[1005]. Nous nous bornerons ici à évoquer les principaux éléments constitutifs de ce pouvoir, y compris ses limites, afin de soutenir le point que nous défendons ici. S'il y a bien davantage à dire sur ce sujet, cela ne servirait que de très loin notre propos.

Comme le rappelle Camille MIALOT lors du colloque intitulé « Le pouvoir d'injonction du juge administratif. La loi du 8 février 1995, vingt ans après », organisé à l'Université d'Orléans le vendredi 6 février 2015, il convient de préciser d'emblée que le pouvoir d'injonction que nous étudions ici est une « *injonction d'exécution et non une injonction* per se. *Autrement dit, l'injonction vient au soutien d'une décision du juge, elle n'en est pas l'objet principal* »[1006]. La nuance est importante dans la mesure où il existe dans certains États un recours contre l'inactivité de l'administration « dont l'objet principal est d'enjoindre à l'administration d'agir dans un sens déterminé »[1007] ; c'est le cas de l'Espagne. En France, la seule hypothèse de pouvoir d'injonction à titre principal concerne le référé-liberté fondamentale.

De ce fait, il est possible d'admettre que le pouvoir d'injonction, avant d'être un pouvoir du juge administratif, est un pouvoir du justiciable dans la mesure où c'est ce dernier qui possède la faculté de saisir ou non le juge de conclusions en ce sens. A contrario donc, le juge ne peut pas décider de recourir d'office à son pouvoir d'injonction. L'autre conséquence entrainée par cette faculté laissée au requérant résulte de ce que, lorsqu'il en est fait usage, le juge administratif est lié par les conclusions (Art. L.911-1 CJA) et ne peut s'en écarter.

Il existe donc une limite au pouvoir d'injonction présente déjà dans son mécanisme de mise en œuvre, ce qui, même s'il s'agit d'une limite très relative, mérite néanmoins d'être

---

[1005] Pour le juge administratif, dire à l'administration ce qu'elle devait faire, c'était déjà « faire », ce qui se traduit directement par le fait qu'ainsi le juge « administre » lui-même, ce qui entre en contradiction directe avec le principe de séparation du juge administratif et de l'administration active.
Voir sur le sujet : CHEVALLIER (J.), *L'élaboration historique du principe de séparation de la juridiction administrative et de l'administration active*, Revue internationale de droit comparé, 1970, 22-4, pp. 787-790 ; CHEVALLIER (J.), *L'interdiction pour le juge administratif de faire acte d'administrateur*, AJDA 1972, p. 67 ; GAUDEMET (Y.), *Le juge administratif, futur administrateur ?*, in *Le juge administratif à l'aube du XXIe siècle*, Presses universitaires de Grenoble, 1995, p. 179. ; BLANCO (F.), *L'injonction avant l'injonction ? L'histoire des techniques juridictionnelles apparentées à l'injonction*, RFDA 2015, p. 444 ; BARDOU (G.), *Pouvoir d'injonction et exécution des décisions de justice*, RFDA 2015, p. 452 ; LABETOULLE (D.), *De l'astreinte à l'injonction : retour sur une évolution*, RFDA 2015, p. 456 ; JEANGIRARD-DUFAL (C.), *Le juge administratif et l'injonction : expérience de vingt années d'application*, RFDA 2015, p. 461 ; *Table ronde : Regards croisés sur l'injonction. La loi du 8 février 1995, une révolution dans les rapports entre le juge administratif, l'administration et les citoyens ?*, RFDA 2015, p. 467.
[1006] Voir : *Table ronde : Regards croisés sur l'injonction. La loi du 8 février 1995, une révolution dans les rapports entre le juge administratif, l'administration et les citoyens ?*, RFDA 2015, p. 467.
[1007] *Ibid.*

soulevé. Comme nous l'avons déjà évoqué, malgré les avancées permises par la loi de 1995, le rôle du juge administratif reste toujours enfermé dans un carcan relativement rigide, marqué par le respect strict de son office et par la double réticence de rejuger et d'administrer[1008].

En effet, la réticence à rejuger est directement liée à la règle de l'économie des moyens qui « *interdit au juge de l'injonction de rechercher si d'autres motifs d'annulation que celui retenu par le juge saisi au principal pourraient justifier le prononcé d'une mesure d'exécution dans un sens déterminé lorsque, précisément, le moyen retenu par le juge du principal ne le permet pas* »[1009].

En ce qui concerne la seconde réticence, malgré les évolutions récentes, le spectre du juge-administrateur continue de planer au-dessus du juge et limite ses pouvoirs. Ainsi, en ce qui concerne l'hypothèse dans laquelle l'Administration déciderait de maintenir le silence sur la demande d'un administré et où aucune décision implicite ne naîtrait, le seul pouvoir d'injonction tel qu'il est conçu aujourd'hui dans notre droit ne pourrait pas être mis en œuvre. Le principal obstacle au pouvoir d'injonction dans ce contexte apparaît être le mécanisme du recours pour excès de pouvoir : à partir du moment où il est nécessaire d'obtenir une décision préalablement à la saisine du juge compétent, le pouvoir d'injonction est hors d'atteinte pour le requérant.

En ce qui concerne l'astreinte, son étude ne peut être séparée de celle du pouvoir d'injonction car les deux sont intimement liés, quand bien même le pouvoir d'astreinte a été reconnu à l'Administration avant l'injonction[1010]. L'évolution de cette relation entre injonction et astreinte a été parachevée avec l'entrée en vigueur de la loi précitée du 8 février 1995. Ce que l'on peut retenir de cette évolution, particulièrement en ce qui concerne l'astreinte, est le fait que c'est toujours l'hésitation et le doute qui ont caractérisé l'application d'astreintes à l'Administration, ce qui selon nous, constitue déjà une limite du mécanisme.

Dès les premières réflexions autour de l'idée de sanctionner l'inexécution par l'Administration des décisions de justice, les réticences étaient de mise.

Daniel LABETOULLE explique que la loi du 16 juillet 1980 et son décret d'application posent des modalités exprimant un souci de prudence : « *les demandes d'astreinte ne peuvent être présentées avant l'expiration d'un délai de six mois à compter de la notification de la décision ; ce n'est pas un pouvoir du juge de droit commun : seul le Conseil d'État en est investi, selon des modalités qui donnent un large rôle à la commission du rapport et des études ; plus*

1008 ZARCA (A.), *Les limites du pouvoir d'injonction*, RFDA 2015, p. 650.
1009 *Ibid.*
1010 Loi n° 80-539 du 16 juillet 1980 relative aux astreintes prononcées en matière administrative et à l'exécution des jugements par les personnes morales de droit public.

encore, l'astreinte n'est pas un droit et le Conseil d'État peut ne pas la prononcer alors même que les conditions objectives pour y procéder sont remplies »[1011].

L'auteur rapporte que cette méfiance vis-à-vis du mécanisme fut partagée par la jurisprudence, comme l'illustre le fait que l'application de la première astreinte date de cinq ans postérieurement à l'entrée en vigueur de la loi de 1980[1012], doublé du constat qu'elle n'a pas constitué un quelconque déclencheur, les autres occurrences d'application d'astreintes se faisant rares[1013].

L'apport de la loi du 8 février 1995 sur ce point réside dans le fait qu'elle « *réunit l'explication et la menace - l'injonction et l'astreinte - mais en les mettant dans le bon ordre* »**[1014]**.

Selon les définitions données par le Dictionnaire de droit administratif, l'injonction correspond à un ordre donné d'accomplir une action ou de la faire cesser, ou un ordre d'élaborer un acte. Il est également remarquable que le Tribunal des conflits a précisé[1015] que « le pouvoir d'adresser des injonctions à l'Administration, qui permet de priver ses décisions de leur caractère exécutoire, est de même nature que les pouvoirs d'annulation et de réformation des décisions administratives, et relève ainsi de la compétence constitutionnellement réservée au juge administratif »[1016]. L'astreinte correspond quant à elle à « un mécanisme qui consiste à condamner au versement de sommes déterminées par unité de temps de retard mis à se conformer à ce qui est prescrit »[1017]. D'abord une prérogative exclusive du Conseil d'État par l'effet de la loi du 16 juillet 1980 (Art. L. 911-5 CJA), il a été étendu aux TA et CAA par la loi du 8 février 1995. Ce pouvoir peut être mis en œuvre de deux manières : le juge administratif peut être saisi d'une demande en ce sens présentée trois mois après la notification du jugement ou de l'arrêt inappliqué ou il peut être mis en œuvre de manière préventive au soutien d'une injonction lors du recours initial.

L'astreinte correspond donc, encore à ce jour, à une solution de dernier recours que le juge met ainsi rarement en œuvre, privilégiant le pouvoir d'injonction. Toutefois, comme nous l'avons vu pour l'injonction, l'astreinte est envisagée uniquement dans un cadre contentieux et lorsque le premier pouvoir a échoué à faire agir l'Administration. Cela signifie que dans le cadre de l'hypothèse que nous développons ici, l'astreinte est également rendue inefficace par

---

[1011] LABETOULLE (D.), *De l'astreinte à l'injonction : retour sur une évolution*, RFDA 2015, p.456.
[1012] CE, 17 mai 1985, n° 51592, *M^me^ Menneret*, Lebon p. 149, concl. J.-M. Pauti.
[1013] LABETOULLE (D.), *op. cit*.
[1014] *Ibid.*
[1015] TC, 12 mai 1997, *Préfet de police de Paris c/ TGI Paris*, AJDA 1997, p. 635.
[1016] VAN LANG (A.), GONDOUIN (G.), INSERGUET-BRISSET (V.), *Dictionnaire de droit administratif*, Sirey, 7ème éd. 2015. Entrée : « injonction ».
[1017] *Ibid.*, entrée : « astreinte ».

le simple fait que pour la mettre en œuvre, il est nécessaire de pouvoir saisir le juge préalablement, ce qui s'avère impossible dans notre système si l'Administration décide de rester muette sur une demande.

Au vu des faiblesses évoquées dans ces développements, il paraît pertinent de soulever la question de l'opportunité de l'existence d'une règle générale relative au silence de l'administration.
D'un côté, il semblerait que le fait que la plupart des dysfonctionnements liés à la décision implicite d'acceptation soient partagés par les États dans lesquels elle est une règle générale s'oppose à ce que l'on puisse considérer la généralisation du silence positif comme pertinente du moins au regard des objectifs poursuivis par ce phénomène.
D'un autre côté, il semble difficile d'envisager une volte-face complète se traduisant par un abandon de la décision implicite pour se rapprocher d'un système plus proche de celui des États-Unis, dont le fonctionnement n'est pas non plus exempt de défauts. L'hypothèse semble extrême, et l'est très certainement, cependant nous pensons que lui accorder quelques lignes de réflexion pour l'évacuer permet de faire en sorte que l'étude du sujet soit complète. C'est pourquoi nous développerons brièvement l'hypothèse dans le dernier chapitre[1018].

Le rapport à la relation Administration/juge administratif définissant pour partie notre droit public est le fruit d'une longue histoire et d'une évolution tout aussi riche et complexe. Le simple fait que le contrôle de l'action administrative par le juge administratif français, et donc la mise en œuvre de ses pouvoirs, ne commence qu'au moment du contentieux, invalide a priori toute tentative de réfléchir à un éventuel abandon de la décision implicite. Les pouvoirs du juge administratif ne sont pas aujourd'hui conçus pour contrôler *ce que fait* l'Administration, mais *ce qu'elle a fait*. Malgré la porosité de certaines frontières entre administration active et juge administratif, elle reste toute relative et la relation que les deux pouvoirs entretiennent illustre encore parfaitement la séparation entre le juge administratif et l'administration active. De ce point de vue, la décision implicite est nécessaire en France et, sans envisager une révision complète de notre droit public, il paraît difficile, pour ne pas dire irréaliste, d'imaginer supprimer le mécanisme de la décision implicite.

[1018] Voir *infra*, p. 371 et s.

Section 2. La nécessaire remise en question de la généralisation de la décision implicite d'acceptation

Si la décision implicite d'acceptation peut constituer, comme nous le défendons depuis le début de cette recherche, un facteur de modernisation de l'action administrative, a fortiori en ce qui concerne la célérité de celle-ci, il apparaît nécessaire de repenser le mécanisme de la décision implicite tel que nous le connaissons en France. Il faut entendre par là qu'il semble pertinent de remettre en question l'équilibre existant aujourd'hui entre silence-rejet et silence-acceptation, moins en termes de nombre de cas concernés par l'un ou l'autre qu'en termes de ratio principe/exceptions. Si l'on s'attache à la conception binaire rejet/acceptation, il faut alors en proposer une lecture adaptée à la réalité pratique plutôt qu'à l'idéal théorique (**§1**). En outre, il apparaît également nécessaire de prendre le temps de réfléchir à un meilleur encadrement de la décision implicite d'acceptation avant de chercher à la généraliser, beaucoup d'obstacles de nature juridique nuisant actuellement à cette dynamique, du moins avec la forme actuelle du silence positif (**§2**).

§1. La nécessité de repenser la décision implicite en France

Au cours de cette recherche ont pu être relevés les qualités et les défauts du mécanisme de la décision implicite dans notre système de droit public. La réforme de 2013 sur la simplification du droit n'a – en ce qui concerne la décision implicite – pas réellement contribué à l'atténuation des défauts du mécanisme, pas plus qu'elle n'a permis d'en accentuer les qualités. La proposition de loi déposée en 2016 par le Sénat visant à améliorer le dispositif mis en place trois années auparavant n'ayant pas encore été concrétisée à ce jour ne peut donc pas faire l'objet d'une quelconque analyse, si ce n'est qu'elle semble confirmer par elle-même (et par le délai nécessaire à sa formalisation) la difficulté de la tâche. Il semble cependant ressortir des travaux préparatoires une volonté de rationaliser le mécanisme révisé en 2013 en réduisant le nombre d'exceptions au principe, ce qui ne nous semble pas être la solution la plus réaliste pour la pérennité de la décision implicite sur le long terme (**A**). En revanche, s'inspirer de certains exemples étrangers tels que la Pologne et tirer les conséquences de la réalité juridique pratique en cherchant à abandonner l'idée d'un principe ou d'une règle générale pour s'orienter vers une gestion au cas par cas paraît répondre davantage à l'évolution de la décision implicite (**B**).

A. La fausse solution de la réduction du nombre d'exceptions au principe du silence-acceptation

La principale hypothèse envisagée aujourd'hui par le législateur afin de poursuivre dans la voie de la simplification du dispositif de la décision implicite, tout en renforçant la place du silence-acceptation, réside apparemment dans la recherche de réduction des « exceptions » au principe. En d'autres termes, le législateur tend à vouloir réduire la proportion de cas dans lesquels le silence a valeur de rejet. C'est en effet ce qui ressort à la fois du bilan effectué par le Sénat en 2015 à propos de la loi de 2013[1019] et de la proposition de loi déposée le 10 mai 2016 relative à l'effectivité et à l'efficacité du principe du « silence de l'administration vaut accord »[1020].

Dans le document du Sénat, les rapporteurs recommandaient de « *réaliser un audit de cette réforme auprès des ministères et réduire le nombre d'exceptions* »[1021] pour ce qui concerne le principe du « silence vaut acceptation » pour les décisions de l'État et de « *limiter le plus possible le nombre d'exceptions au " silence vaut acceptation" pour les collectivités territoriales et les organismes de sécurité sociale* »[1022]. Les rapporteurs rajoutent que cet objectif de réduction doit surtout cibler les exceptions réglementaires fondées sur des motifs de bonne administration[1023], laissant une marge d'interprétation très large et donc contre-productive au regard des objectifs visés.

La proposition de loi de mai 2016 reprend à sa charge cette mission en faisant de la réduction des « exceptions » sa priorité. L'article 2 de ce texte comporte plusieurs dispositions afin de réduire le nombre d'exceptions. Premièrement, il est prévu que la loi mentionne explicitement l'existence de la liste des procédures applicables (disponible sur Légifrance), mais surtout, il est proposé que cette liste soit révisée annuellement, avec l'espérance qu'il en résulte une baisse progressive des exceptions.

Deuxièmement, il est prévu que l'article L. 231-5 du code des relations entre le public et l'administration soit supprimé et ce dans un délai d'un an[1024]. Cet article est, selon les députés, à la source d'environ 600 exceptions dont la cause est à rechercher dans la formulation très large de l'article, disposant qu'« *eu égard à l'objet de certaines décisions ou pour des motifs*

[1019] Rapport d'information n° 629 (2014-2015) de MM. Hugues PORTELLI et Jean-Pierre SUEUR, fait au nom de la commission des lois, déposé le 15 juillet 2015.
[1020] Une proposition (n° 3730) de loi relative à l'effectivité et à l'efficacité du principe « silence de l'administration vaut accord » a été déposée le 10 mai 2016 à l'initiative de 58 députés, en vue de simplifier le nouveau régime mis en place par la loi n° 2013-1005 du 12 novembre 2013 habilitant le Gouvernement à simplifier les relations entre l'administration et les citoyens jugées trop complexes.
[1021] Proposition n°5 du rapport précité (p. 5).
[1022] Proposition n°7 du rapport précité (p. 5).
[1023] Rapport précité, p. 21.
[1024] La proposition de loi ne précise pas le point de départ de ce délai.

de bonne administration l'application de l'article L. 231-1 peut être écartée par décret en Conseil d'État et en conseil des ministres ». Les auteurs de la proposition de loi ajoutent « *qu'il serait préférable de se diriger vers la fin de ce régime d'exception, sachant que quatre autres existent déj*à »[1025].

Autre proposition remarquable (article 4) sur laquelle nous reviendrons dans un second temps : afin de réduire les exceptions ainsi que tenter d'égaliser au mieux les délais de naissance de la décision implicite, les auteurs suggèrent l'application d'une « *règle simple* » : « *pour toute nouvelle procédure créée entrant dans le champ des exceptions, une autre procédure existante devra basculer dans le droit commun. Ainsi, les nouvelles décisions ne viendront pas alimenter le stock d'exceptions existantes* »[1026].

Enfin, le texte évoque la possibilité de mettre en place des indicateurs de performance ou de créer une autorité dont le rôle serait de déterminer « *les procédures pour lesquelles l'exception peut et doit tomber* »[1027].

La volonté du législateur de chercher à simplifier le dispositif de la décision implicite en se concentrant presque totalement sur la réduction du nombre d'exceptions au principe du silence-acceptation laisse perplexe, même si la démarche semble logique de prime abord.

Si nous reprenons les propositions avancées par les députés à l'origine de la proposition de loi de 2016, il est possible de trouver à redire dans les arguments avancés. C'est du moins notre opinion. En effet, en ce qui concerne par exemple la suppression de l'article L. 231-5 du CRPA et donc des exceptions réglementaires fondées sur des motifs de bonne administration ou « eu égard à l'objet de certaines décisions » (quoi que cela veuille dire), le choix nous semble discutable. D'un côté, la proposition est en accord avec la logique de simplification avancée par le législateur, d'un autre côté il nous semble que cette disposition est probablement l'une des plus sécurisantes, d'un point de vue juridique, de toute la réforme de 2013.

Si l'on focalise notre attention sur la seule idée de simplification du mécanisme de l'implicite développée par le législateur, il apparaît qu'une telle disposition est porteuse d'un facteur de complexification important dans la mesure où son extrême généralité permet concrètement au pouvoir réglementaire de créer des cas de silence-rejet quasiment quand bon lui semble. En prévoir la suppression pourrait donc éventuellement, dans ce contexte, se trouver être une mesure de simplification cohérente.

[1025] Il est ici fait référence aux quatre exclusions prévues par la loi elle-même (voir : article L. 231-4 du CRPA).
[1026] Proposition de loi relative à l'effectivité et à l'efficacité du principe « silence de l'administration vaut accord », 10 mai 2016, n° 3730, p. 4.
[1027] Proposition de loi relative à l'effectivité et à l'efficacité du principe « silence de l'administration vaut accord », 10 mai 2016, n° 3730, p. 4.

En revanche, si l'on prend la problématique de manière plus large et que l'on considère – ce que nous faisons – que le principal facteur de complexité ne se trouve pas nécessairement dans l'équilibre principe/exceptions existant aujourd'hui, mais dans le fait même de chercher à généraliser le silence-acceptation, alors la disparition de cette disposition peut être qualifiée d'erreur.

Même sans porter de jugement de valeur sur le choix de supprimer l'article L. 231-5 du CRPA, il est objectivement possible d'admettre qu'en ôtant cette possibilité au pouvoir réglementaire, aussi générale soit-elle, le législateur s'engage sans ambiguïté dans la voie de la généralisation de la décision implicite d'acceptation. Il fait perdre par la même occasion beaucoup de flexibilité au mécanisme en ne permettant pas au pouvoir réglementaire d'adapter le principe « à la volée », lorsqu'il apparaît à l'évidence qu'une procédure donnée n'est pas compatible avec le silence-rejet. L'intervention du législateur est alors nécessaire, ce qui demande plus de temps.

Il nous semble donc que le choix de supprimer à terme la disposition précitée n'est pas un choix judicieux et mériterait d'être rediscuté.

De plus, si l'on s'intéresse à la « règle simple » consistant à faire basculer une exception existante dans le régime de droit commun lorsque l'on crée une nouvelle exception au silence-acceptation, il est possible de faire un parallèle avec l'une des méthodes de simplification du droit pratiquée en Allemagne que nous avons déjà évoquée dans le chapitre précédent[1028]. Cette dernière consiste pour rappel à supprimer une norme existante pour toute nouvelle norme créée. Cependant, en ce qui concerne la décision implicite, la pratique proposée pose selon nous une difficulté : celle de la symétrie, ou de l'asymétrie. En effet, lorsqu'il s'agit de créer une norme nouvelle, il est sans doute plus aisé de trouver l'ancienne norme à laquelle elle succède, sauf dans l'hypothèse où la norme nouvelle vient combler un vide juridique. En revanche, lorsque l'on décide de créer une nouvelle exception à l'application du silence-acceptation, comment déterminer quelle autre exception – existant déjà – basculer dans le droit commun ? Car une exception, comme son nom l'indique, est censée couvrir un cas dans lequel il n'est pas possible d'appliquer le principe. Or s'il existe déjà des exceptions, c'est a priori qu'elles sont utiles. Non seulement, cela signifie qu'il ne peut logiquement pas y avoir de correspondance entre une exception nouvelle et une autre, préexistante, rendant le choix a priori arbitraire, mais surtout, cela remet fondamentalement en cause la nature intrinsèque de l'exception : si une exception se voit retourner dans le régime de droit commun, c'est qu'il ne s'agissait pas d'une exception…

De ce point de vue, la proposition des députés est donc discutable. Qui plus est, cette manière de procéder ne réduit pas le nombre d'exceptions mais permet simplement d'éviter

[1028] Voir *supra*, p. 329.

une augmentation. Toutefois, il apparaît nécessaire d'apporter une nuance à cette critique dans la mesure où il s'agit à l'heure actuelle de simples suggestions et hypothèses, et que de fait, le fonctionnement concret de la solution proposée nous échappe en grande partie.

Enfin, la proposition visant la création d'indicateurs de performance ou d'un Conseil de simplification n'appelle pas nécessairement de critiques de notre part, si ce n'est qu'elle nous semble superflue lorsque l'on considère la problématique globale. De telles créations résonnent davantage comme autant de pansements appliqués à une plaie béante. Certes dans l'immédiat, leur effet ne paraît pas inintéressant, mais dans le même temps, n'est-il pas possible d'y voir un aveu de faiblesse de la part du législateur ? Une manière de montrer que lui-même n'a pas le contrôle de la loi qu'il a créée ? Il nous semble que créer de tels outils renverrait le signal d'un législateur laissant à d'autres institutions la charge de rationaliser un mécanisme dont il est principalement à l'origine.

L'autre faiblesse de cette proposition que nous pouvons souligner réside dans le fait que créer ces outils de contrôle et de rationalisation s'oppose en essence à la conception juridique de « principe », qualification que la doctrine, le législateur et l'exécutif octroient pourtant volontiers à la décision implicite d'acceptation. Un principe fonctionnel au plan juridique ne devrait pas avoir besoin d'un Conseil de la simplification, ni d'indicateurs de performance, pour avoir une existence cohérente.

Réduire le nombre de cas de silence-rejet ne nous paraît donc pas être la solution la plus pertinente. Nous pouvons d'ailleurs souligner à ce sujet l'éloquence du fait que la proposition en soit toujours à la phase de 1ère lecture à l'Assemblée Nationale depuis désormais quatre ans.

Dans la mesure où nous considérons que le silence-acceptation n'est pas généralisable en l'état, et par ce fait pose plus de problème qu'il n'en résout, chercher à réduire le nombre « d'exceptions » ne peut pas être considéré comme un effort de simplification. Le nombre de cas soumis au silence-rejet n'étant pas la cause de la complexité du dispositif selon nous, il semble assez peu pertinent de se focaliser autant sur sa réduction. En outre, si l'on va jusqu'à considérer que le silence-rejet ne constitue pas en réalité une exception, en réduire les occurrences ne changera absolument rien à la situation, pire, risque de la rendre encore plus complexe.

La vision qu'adopte notre droit public sur la question nous semble extrêmement étriquée dans la mesure où il l'aborde uniquement sous l'angle du rapport entre principe/exceptions, alors que le problème fondamental se situe ailleurs, dans la nature même du silence positif et ce qu'il implique d'un point de vue juridique.

B. Le commencement d'une solution dans une disparition du principe

Nous avons déjà commencé à esquisser l'idée selon laquelle un abandon du principe semble être la meilleure manière de simplifier aujourd'hui, tout en respectant la dynamique entamée par la loi de 2013. En effet, si l'on compare avec la situation antérieure à cette date, il est possible d'imaginer que le fait de supprimer un principe – par essence générateur de stabilité – peut potentiellement causer un déséquilibre et de l'insécurité. Simplement, si la tendance persiste à vouloir généraliser la décision implicite d'acceptation, il est nécessaire d'adopter une nouvelle démarche de simplification, plus réaliste et en phase avec la situation concrète : il n'est plus logique depuis 2013 de se référer au mécanisme de l'implicite en tant que principe ou règle générale. Le terme recouvrait déjà une réalité douteuse avant la réforme, mais aujourd'hui il apparaît clairement que le principe n'est pas un principe et que les exceptions ne sont pas des exceptions. Il semble alors impératif de tirer les conséquences de cette réalité de la pratique afin de s'orienter vers une approche davantage casuistique, par exemple sous forme de tableaux répertoriant tous les cas de manière exhaustive. Si cela peut sembler contreproductif, il n'en est rien en réalité. Certes de tels tableaux requièrent d'importants efforts de recensement et de coordination inter-administrations, mais le résultat attendu sera sans aucun doute bien plus lisible que la situation que nous connaissons actuellement.

L'un des avantages de la méthode est de pouvoir s'accompagner d'une réduction des cas de silence-rejet, si telle est la volonté du législateur, de manière plus prudente et contrôlée. C'est en effet le plus grand avantage dans la disparition de la règle générale au profit de listes exhaustives : le contrôle permanent sur le nombre de procédures, qu'elles soient soumises au silence-rejet ou au silence-acceptation. Il serait sans doute possible de soulever la question : quelle différence avec la solution actuellement en vigueur, étant donné que des listes existent déjà ? À celle-ci nous pourrions répondre : tout. S'il est vrai que des listes existent déjà, ces dernières ne sont ni exhaustives – ce qui impose aux destinataires de décisions non présentes dans ces listes de se reposer sur un principe, inapplicable en pratique –, ni complètement opérationnelles. Il faut entendre par là que six années après l'entrée en vigueur de la loi de 2013, la liste des « exceptions » au silence-acceptation n'est toujours disponible sur Légifrance que sous forme de décrets distincts, classés par administrations et non par Codes. Sachant que règle générale ou non, chaque administré doit quasiment toujours aller vérifier par lui-même le régime auquel est soumise la procédure qui le concerne, la recherche dans les régimes d'exceptions est rendue anormalement pénible par cette présentation.

L'autre point qu'il est possible d'évoquer fait directement écho au raisonnement précédent puisqu'il s'agit de s'intéresser au processus de codification, duquel peut être selon nous rapprochée l'idée que nous développons ici. En effet, le fait de chercher à compiler dans des listes exhaustives les régimes de silence-rejet et de silence-acceptation peut être assimilé à une

forme de codification dans la mesure où il s'agit d'une cristallisation de l'état du droit à un moment donné.

Cette comparaison apparaît d'autant plus pertinente que, nous l'avons vu précédemment[1029], la codification est considérée comme un outil de simplification du droit. Dans un document publié par le Conseil constitutionnel en 2005, ce dernier expliquait que « *la codification, qui permet de rassembler selon un plan cohérent l'ensemble des dispositions existantes se rapportant à un domaine particulier, contribue à rendre le droit plus lisible et plus accessible* »[1030]. Il est vrai qu'en plus de compiler les textes existants, l'opération de codification implique aussi un tri parmi ces normes, ce qui permet de lutter contre la prolifération des normes et favorise une organisation cohérente. À ce sujet, les services du Conseil constitutionnel présentent la codification comme un processus « *limitant les inconvénients inhérents à la sédimentation, à la dispersion et à l'inflation des normes, elle est un facteur précieux de sécurité juridique et de "réappropriation" de la loi par les citoyens, auxquels l'adage "nul n'est censé ignorer la loi" ne saurait être décemment opposé sans que soient mis en place les instruments en facilitant la connaissance* »[1031].

Sur ce dernier point en particulier, nous ne pouvons que valider le constat. Cet adage antique[1032] signifie que nul ne peut échapper à sa responsabilité en invoquant l'ignorance de la loi[1033]. Pour certains juristes il s'agit d'une fiction juridique, pour d'autres d'une présomption légale, ce qui est certain, pour reprendre les mots du Doyen CARBONNIER, c'est qu'il y a « *un évident mépris des réalités à exiger ainsi de l'homme qu'il sache, par science infuse, ce que quatre ans de faculté et dix ans de pratique ne suffisent pas toujours à apprendre* »[1034]. C'est d'ailleurs sans doute la raison pour laquelle cette disposition n'a pas été reprise dans les rédactions postérieures du Code civil. Il n'est en effet pas envisageable d'exiger de tous les citoyens de connaître la loi dans son ensemble, si des garanties de qualité de celle-ci ne sont pas requises

[1029] Voir *supra*, p. 239 et s.
[1030] Document disponible dans les archives numériques du site du Conseil constitutionnel. [En ligne] https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/pdf/Conseil/simplification.pdf
[1031] *Ibid.*
[1032] Le droit romain connaissait déjà cet adage : « *nemo censetur ignorare legem* ».
[1033] Dans la rédaction de 1804 du Code civil, on trouvait la traduction légale de cet adage à l'article 1, al. 3 : « *La promulgation faite par le Premier Consul sera réputée connue dans le département où siégera le Gouvernement, un jour après celui de la promulgation ; et dans chacun des autres départements, après l'expiration du même délai, augmenté d'autant de jours qu'il y aura de fois dix myriamètres [environ vingt lieues anciennes] entre la ville où la promulgation en aura été faite, et le chef-lieu de chaque département* ».
[1034] CARBONNIER (J.), *Flexible droit : pour une sociologie du droit sans rigueur*, 10ème éd., LGDJ, 2001, 490 p., spéc. pp. 190-191.

du législateur[1035] en contrepartie. Pour autant, si l'adage n'a plus de source écrite, cela ne remet pas en cause sa réalité dans notre droit.

Faisant application de cette fiction au cas qui nous intéresse, il semble plutôt cohérent de considérer qu'en l'état actuel de la situation, il est difficile d'être convaincu que la présentation du principe « silence vaut acceptation », en tout cas de ses exceptions, soit acceptable. À nouveau, si l'exercice de recherche de ces régimes semble « simplement » fastidieux pour des juristes, il ne faut pas perdre de vue que nombre d'administrés ne sont pas aussi intimes avec le maniement de l'outil juridique, et que la navigation dans un univers numérique peut en outre s'avérer être une épreuve pour beaucoup – a fortiori quand il s'agit de Légifrance (sous réserve de voir la nouvelle version du site, en construction au moment de la présente rédaction).

Une « codification » exhaustive à la fois des régimes pour lesquels s'applique la règle du silence-acceptation et de ceux soumis à la règle du silence-rejet semble donc être un bon début de solution lorsque le but est de chercher à simplifier le mécanisme de l'implicite, et par extension, une portion du droit public.

En relation avec tous les développements précédents, nous estimons enfin que le numérique présente des avantages indéniables se conjuguant parfaitement avec cette volonté de simplification. Il est donc regrettable de constater la sous-exploitation de cet outil dans le cadre de la réforme de la décision implicite, surtout quand le numérique se trouve être de plus en plus souvent au cœur des réformes administratives. Potentiellement, dans l'hypothèse où des listes exhaustives seraient disponibles en ligne, les recherches s'effectueraient avec bien plus de facilité notamment grâce aux fonctions de recherche par mots-clés, permettant ainsi à l'aide d'une référence d'article ou de l'intitulé de la procédure recherchée de trouver instantanément toutes les informations dont nous avons besoin.

Cette méthode de recherche est d'ores et déjà possible avec la liste compilant les procédures soumises à la règle du silence-acceptation, et cela fonctionne. Le principal problème réside dans le fait que cette liste n'est pas considérée comme étant exhaustive. Cela signifie que dans certains cas, il est possible de ne trouver une procédure donnée ni dans la liste des « principes » ni dans celle des exceptions. Cela peut être problématique dans la mesure où, la loi considérant la décision implicite d'acceptation comme étant un principe, cela signifie que l'administré confronté à cette situation particulière pourra légitimement penser que la procédure le concernant est de fait soumise au silence-acceptation dans le délai de droit commun. Pourtant, en l'état actuel du droit, l'Administration compétente pourra tout à fait invoquer des

[1035] L'obligation de clarté et d'intelligibilité de la loi est devenue un objectif à valeur constitutionnelle avec la décision n° 99-421 DC du 16 décembre 1999, précisé par la décision n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006.

motifs de « bonne administration » ou l'objet de la décision pour appliquer le régime d'exception.

De ce point de vue, le fait d'abandonner la répartition entre principe et exceptions et de choisir la solution des listes exhaustives expose certes l'administré au risque d'un vide juridique, mais celui-ci peut toujours être comblé. Si la différence n'apparaît pas forcément de manière évidente, il nous semble pourtant préférable pour l'administré – en cas d'échec à trouver sa procédure dans l'une des listes – d'être *certain* qu'il soit dans une situation de doute quant au régime concernant sa demande. Car tel que le procédé fonctionne actuellement, nous avons davantage l'impression que l'administré peut se sentir *trompé* par le droit, censé être stable et prévisible, dans la mesure où la présentation de la règle de la décision implicite laisse légitimement penser que lorsque le droit ne dit rien, la règle s'applique, alors qu'en réalité elle peut être remise en cause par l'Administration sans que l'administré puisse le prévoir.

Finalement, entre le vide juridique et le fait de ne pas connaître en réalité le sens du silence que peut nous opposer l'Administration, la différence théorique est importante, mais la différence pratique beaucoup moins. Dans les deux cas, l'Administration, ou à défaut le juge administratif, devra interpréter le silence dans un sens que l'administré n'avait aucun moyen d'anticiper.

La liste des régimes soumis au silence-rejet devrait donc, selon nous, se départir de son image de *liste d'exceptions à la règle générale du silence-acceptation*[1036] pour pouvoir être reconstruite sur le même modèle : une seule liste consolidée, classée par Code. Le numérique offre en outre l'avantage de la mise à jour rapide et sans effort, il est dommage de s'en priver.

Globalement, si le changement que nous évoquons ici ne semble pas radical, il a le mérite de viser une réelle simplification en mettant fin à une lecture certes traditionnelle du principe de la décision implicite, mais également génératrice de confusion. Le fait d'embrasser une vision plus casuistique, donc sans doute moins représentative de notre culture juridique, peut paraître difficile à accepter mais nous semble être aujourd'hui la voie logique à suivre si la dynamique de généralisation du silence-acceptation se poursuit. Autant le silence-rejet pouvait être un principe dans la mesure où, le cas échéant, il n'emporte aucun effet sur l'ordonnancement juridique, autant le silence-acceptation ne peut – nous insistons volontairement – en aucun cas devenir un principe en raison des nombreux risques d'instabilité qu'il présente. Mais le fait de vouloir réduire aveuglément les « exceptions » apparaît contre-productif, surtout dans la mesure où le terme ne recouvre aujourd'hui aucune réalité.

[1036] Nous pensons que la raison justifiant la présentation actuelle des exceptions, par décret « en vrac », découle précisément de ce que ces procédures sont perçues comme des exceptions. Sauf que leur nombre important nuit largement à la lisibilité de cette présentation.

§2. Des obstacles juridiques nuisant à la généralisation de la décision implicite difficilement surmontables

L'une des remarques qu'il est possible de soulever s'agissant de la tendance à la généralisation de la décision implicite d'acceptation concerne la faiblesse de son encadrement, notamment par des normes supérieures, compte tenu de ses effets potentiels sur l'ordonnancement juridique (**A**). Nous considérons cette lacune comme étant constitutive d'un obstacle à la généralisation du silence-positif dans la mesure où l'absence de principe directeur de valeur supérieure à la loi ne permet pas selon nous d'assurer pleinement le respect de la sécurité juridique ni même de la légalité.

L'autre point qu'il est possible de soulever concerne l'enchevêtrement des délais conduisant à la naissance d'une décision implicite d'acceptation. Un effort de rationalisation est nécessaire du fait que l'existence de délais est inhérente à la nature implicite d'une décision, mais le fonctionnement actuel de la décision implicite d'acceptation s'accorde mal, pour ne pas dire qu'elle est incompatible, avec les délais la faisant naître, trop longs lorsqu'on considère que le silence positif constitue un vecteur d'accélération de l'Administration active (**B**).

A. La faiblesse de l'encadrement de la décision implicite d'acceptation en France

Une remarque qu'il est possible de formuler lorsque l'on s'intéresse à la décision implicite en France, a fortiori dans un contexte d'extension de son champ d'application, est celle de l'absence d'encadrement juridique de ce mécanisme supérieur à celui prévu par la loi. En effet, il peut sembler étrange qu'en France, pays où la décision implicite existe depuis longtemps, la Constitution ne se soit pas emparée de ce mécanisme pour lui offrir un cadre supralégislatif. À tout le moins, il aurait été possible d'imaginer qu'à l'instar de l'Allemagne, la doctrine tente d'inspirer la création par le législateur d'un principe directeur servant de base à l'évolution de la décision implicite. On peut d'ailleurs remarquer que, dans aucun des États étudiés dans ce chapitre, il ne semble exister de règle générale d'encadrement du champ d'application du silence-acceptation. Partout l'on tente d'en faire des règles générales mais en réalité, les listes sont toujours limitatives et sans cohérence réelle (sinon qu'il s'agit souvent des procédures ayant peu d'impact sur la sécurité juridique et de l'économie nationale).

Certes il existe diverses possibilités de contrôler la loi initiale créant, généralisant ou réformant la décision implicite, notamment par le biais d'un contrôle constitutionnel a priori[1037] ou a posteriori[1038]. Mais la réalité est bien différente de la théorie, et ces contrôles possèdent

[1037] Article 61 al. 2 de la Constitution.
[1038] Article 61-1 de la Constitution.

d'importantes limites. Le contrôle a priori n'est quasiment jamais mis en œuvre[1039] du fait des contraintes imposées par son mécanisme, le contrôle a posteriori ne peut s'effectuer que sur la saisine d'un requérant à l'occasion d'un litige le concernant (sous conditions qui plus est). Dans les deux cas, le problème réside dans le fait que le contrôle ne concerne d'une part que la loi initiale – et donc n'a qu'une emprise indirecte sur le mécanisme du silence –, d'autre part est limité par le fait que le juge constitutionnel ne peut traditionnellement que censurer[1040].

Cette limite est partagée par une autre possibilité de contrôle de la loi dont nous avons déjà parlé : l'étude d'impact législative. Sans nous étendre sur cette hypothèse, nous nous contenterons de relever que si ses effets ne sont pas à négliger du point de vue de la protection de la légalité et de la sécurité juridique, encore faut-il que la procédure soit mise en œuvre[1041] (malgré son caractère en théorie obligatoire). D'autant plus que la constitutionnalisation en 2009[1042] de cette procédure résonne, pour citer Bertrand-Léo COMBRADE, « *comme un aveu. Celui de l'incapacité du Gouvernement à faire preuve de suffisamment de rigueur dans l'élaboration de la loi. Critiquée de manière unanime pour sa complexité, son ambiguïté, son inefficacité, son instabilité, sa longueur, la loi constituerait le témoignage de cette incapacité* »[1043]. Si la problématique soulevée par l'auteur s'éloigne de notre propos, elle a néanmoins le mérite de montrer l'inefficacité d'un potentiel contrôle de ce genre pour le mécanisme de la décision implicite. Il s'agit bien davantage d'un outil de rationalisation de la loi que d'un outil permettant de lui donner un cadre stable.

Le rôle de ces outils de contrôle n'est donc pas à négliger dans l'équilibre de notre système juridique, mais leur impact pratique reste néanmoins assez restreint. Les options d'encadrement potentielles du mécanisme de la décision implicite, a fortiori d'acceptation, demeurent donc limitées en France et la loi semble être la seule source d'encadrement.

[1039] Depuis la création du Conseil constitutionnel en 1958 jusqu'au 31 décembre 2019, seules 532 décisions DC ont été rendues suite à un contrôle de constitutionnalité *a priori* d'une loi ordinaire. Source : site du Conseil constitutionnel (https://www.conseil-constitutionnel.fr/bilan-statistique/decembre-2019-0).

[1040] Le doyen G. VEDEL a popularisé l'expression selon laquelle le Conseil constitutionnel a droit à la gomme mais pas au crayon (voir : Étude du Conseil constitutionnel, *Un universitaire au Conseil constitutionnel : le doyen Vedel*, RFDA 2004, p. 218). L'expression reste d'actualité aujourd'hui, même s'il est permis d'admettre qu'il existe aujourd'hui des nuances, notamment avec la technique des réserves d'interprétation.

[1041] Voir sur ce sujet : COMBRADE (B.-L.), *L'obligation d'étude d'impact des projets de lois*, thèse Paris 1, 2015, 621 p. (Disponible en ligne : https://hal.archives-ouvertes.fr/tel-01850072/document).

[1042] Le mécanisme a été intégré à la Constitution par la loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la V° République, *JORF* du 24 juillet 2008, p. 11890, par renvoi à une loi organique n° 2009-403 du 15 avril 2009 relative à l'application des articles 34-1, 39 et 44 de la Constitution, *JORF* du 16 avril 2009, p. 6528.

[1043] COMBRADE (B.-L.), *L'obligation d'étude d'impact des projets de lois*, thèse Paris 1, 2015, p. 13.

Si l'on s'appuie à nouveau sur l'exemple de l'Allemagne[1044], il est possible de constater que la Constitution allemande vient poser des limites plus ou moins directes à la généralisation de la décision implicite d'acceptation. En effet, la doctrine partage l'avis selon lequel les activités présentant un risque important d'atteinte aux droits fondamentaux ou à des biens publics constitutionnels ne peuvent, de fait, pas entrer dans le champ d'application de la décision implicite d'acceptation. C'est le cas par exemple du risque d'atteinte à l'intégrité physique des tiers (art. 2, al. 2 de la Loi fondamentale), ou des risques d'atteinte à l'environnement (considéré en Allemagne comme bien public constitutionnel). L'article 2, al. 2 de la Loi fondamentale allemande dispose par exemple que « des atteintes ne peuvent être apportées à ces droits (droit à la vie et à l'intégrité physique) qu'en vertu d'une loi », ce qui signifie donc que ces domaines ne peuvent pas faire partie du champ d'application de la décision implicite d'acceptation.

L'influence de la doctrine allemande partageant cette vision du mécanisme du silence-positif empêche donc, en principe, l'apparition de régimes d'acceptation implicite dans certains domaines tels que la conservation de combustible nucléaire ou la mise d'armements sur le marché. C'est ainsi que certains auteurs[1045] se sont opposés au recours à la décision implicite d'acceptation dans la loi de protection contre les émissions (*Bundesimmissionsschutzgesetz*, BImSchG, §15 II 2) du fait de la difficulté de sa mise en œuvre.

Si ces réflexions menées par la doctrine allemande paraissent logiques, il reste qu'en France, la doctrine ne s'est pas intéressée outre mesure à cette dynamique d'extension du champ d'application de la décision implicite d'acceptation impulsée par la loi de 2013, même une fois passée la « mauvaise surprise » de la réforme. Après avoir tiré à boulets rouges sur la loi de 2013, la doctrine semble s'être (majoritairement) désintéressée de son application et de ses implications.

L'illustration la plus pertinente de ce désintérêt réside dans l'absence de réflexions autour des conséquences de la décision implicite d'acceptation sur certains grands principes de notre droit, tels que la séparation des pouvoirs (problématique que nous étudiions dans notre première partie). Or ces interrogations, qui ont été soulevées en Allemagne par ailleurs[1046],

[1044] Voir : CONSEIL D'ÉTAT, *L'application du nouveau principe « silence vaut acceptation »*, Les Études du Conseil d'État, 2014, p. 120.
[1045] Pr. Dr. Annette Guckelberger, Saarbrücken „*Die Rechtsfigur der Genehmigungsfiktion*", DÖV 2010, S. 10.
[1046] Malgré les interrogations légitimes soulevées par la doctrine allemande, il semble que le droit considère qu'à partir du moment où « *l'administration dispose d'un temps raisonnable pour étudier la demande, l'entrée en vigueur automatique de l'acceptation à la fin du délai ne signifie pas que le législateur dispose du pouvoir de créer des actes administratifs ; l'administration reste maîtresse de la décision* » (CONSEIL D'ÉTAT, *L'application du nouveau principe « silence vaut acceptation »*, Les Études du Conseil d'État, 2014, p. 120).

nous semblent primordiales pour parvenir à comprendre pleinement les implications de la décision implicite de manière générale, et le silence positif plus particulièrement.

En tout état de cause, il reste que l'encadrement du dispositif de la décision implicite, d'acceptation notamment, en France reste très faible en ce sens que seul le législateur semble être réellement impliqué dans son évolution, la doctrine ne se penchant que de manière très ponctuelle et générale sur les questions s'y rapportant et la Constitution servant de limite très large au mécanisme[1047]. Sans doute l'une des raisons expliquant cette situation française peut être trouvée dans le fait que, contrairement à l'Allemagne qui nous a servi ici d'exemple, notre droit public connaît depuis longtemps déjà la décision implicite et que le fait d'avoir présenté la réforme de 2013 comme une simple inversion du principe « silence vaut rejet » n'a pas inquiété outre mesure sur les impacts réels d'une telle inversion.

B. L'enchevêtrement des délais remettant en cause l'utilité de la décision implicite d'acceptation

L'un des freins majeurs selon nous à la généralisation de la décision implicite peut être résumé dans l'impression de canevas donnée par les nombreux délais à prendre en compte avant la naissance d'une décision implicite, a fortiori d'acceptation, du moins lorsque l'on prend en exemple le pire scénario possible.

Si l'hypothèse peut paraître manquer d'objectivité, nous le justifions par l'existence d'un facteur « risque » qui, dans le contexte de décision implicite d'acceptation, doit être pris en compte.

La justification politique affichée par la réforme de la généralisation du silence-acceptation étant l'amélioration de la célérité de l'administration active, il semble pertinent de s'intéresser à ce phénomène paradoxal de multiplication des délais.

Car si la théorie veut effectivement que la décision implicite soit plus efficiente que la décision expresse, ne serait-ce que par l'absence de formalisme – principal facteur de lenteur de l'Administration active –, la pratique s'oppose parfois à cette vision. Cela s'explique notamment par le fait qu'en dehors des conditions de délais propres à la décision implicite, viennent s'ajouter celles communes à toutes les décisions prises par l'Administration.

Nous pouvons évacuer d'office de la réflexion les décisions expresses et implicites de rejet, qui sont similaires sur le plan des délais et ne posent en outre aucun problème à ce niveau : soit la décision intervient avant l'expiration du délai légal et est donc expresse, soit le délai arrive à son terme et le silence fait ainsi naître une décision implicite. Dans les deux cas, même

[1047] La loi n° 2013-1005 du 12 novembre 2013 habilitant le Gouvernement à simplifier les relations entre l'administration et les citoyens dispose en son article 1, I, 2° que l'acceptation implicite peut être remise en question en cas d'incompatibilité avec, entre autres, « *la protection de la sécurité nationale, la protection des libertés et des principes à valeur constitutionnelle et la sauvegarde de l'ordre public* ». Si les limites constitutionnelles sont évoquées dans la loi, elles restent extrêmement générales et ne sauraient emporter directement d'effet contraignant.

s'il peut potentiellement exister un écart de quelques mois entre les deux, il existe au moins un cadre strict limitant les abus ; l'administré a une réponse quoiqu'il arrive et peut, s'il le souhaite, contester la décision négative devant le juge administratif.

Pour le dire autrement, dans l'hypothèse où l'Administration laisse s'écouler le délai légal et fait naître une décision implicite de rejet, l'administré aura dû patienter le temps maximum avant l'obtention de sa décision mais il est néanmoins certain de la recevoir et de pouvoir ensuite la contester. La marge d'erreur, en quelque sorte, est donc de quelques mois tout au plus. La décision implicite, à défaut de permettre une meilleure célérité administrative, joue dans ce cas ni plus ni moins que son rôle de garde-fou.

En revanche, la situation se trouve être à l'opposé du spectre en ce qui concerne la décision implicite d'acceptation qui peut potentiellement nécessiter bien plus de temps et de démarches que ce qui devrait être normalement admis pour une décision positive.

Ainsi, là où une décision positive rendue de manière expresse peut directement faire l'objet d'une exécution au bénéfice du titulaire du droit ainsi obtenu, la décision implicite d'acceptation doit encore faire l'objet d'une demande d'attestation à l'initiative de son destinataire afin de prouver son existence et ainsi faire en sorte qu'il puisse se prévaloir de son droit. Quoi que nous ayons pu voir que le texte de la loi rend cette démarche facultative[1048], nous avons également démontré par quelques exemples que, si le Conseil d'État n'a pas validé ce raisonnement, les juridictions du fond tendent à rendre l'attestation obligatoire pour requérir l'exécution de la décision concernée. Il semble donc opportun pour le destinataire d'une décision implicite positive d'effectuer la démarche par mesure de précaution, afin de s'éviter une procédure contentieuse plus longue que nécessaire.

Si quinze jours au maximum pour obtenir ladite attestation peuvent sembler relativement courts comparés à tous les autres délais, il n'en reste pas moins qu'il s'agit d'un délai supplémentaire venant allonger une démarche déjà longue.

Toutefois, c'est en termes de signification que cette différence procédurale entre la décision positive expresse et son pendant implicite se trouve être la plus problématique. Essentiellement deux conséquences peuvent être tirées du constat précédent. La première, nous l'avions déjà évoquée[1049], concerne la quasi-nécessité de faire une demande d'attestation : au-delà de remettre en question la nature implicite de la décision de manière discutable, cela fait peser sur l'administré la responsabilité de l'erreur de l'Administration.

[1048] Article L. 232-2 du Code des relations entre le public et l'Administration.
[1049] Voir *supra*, p. 340.

En effet, si l'on considère que le juge administratif refuse d'enjoindre à l'Administration d'exécuter une décision implicite d'acceptation si le requérant n'a pas effectué la démarche de demande d'attestation[1050], cela signifie que l'administré est pénalisé du fait du silence maintenu par l'Administration, ce qui paraît difficilement tolérable.
Si cette démarche du juge administratif se justifie par l'ajout d'un verrou de sécurité au bénéfice de l'Administration, afin de ne pas imposer l'exécution de décisions potentiellement irrégulières, elle demeure absolument discutable du point de vue du droit des administrés. Sans compter que ce procédé laisse perplexe quant à la pertinence de l'implicite étant donné que cela donne lieu à une décision hybride : née implicite et rendue matérielle par une attestation sans laquelle l'administré tend à avoir des difficultés à faire valoir son droit. Si cette attestation ne transforme pas la décision implicite en une décision expresse (car l'attestation n'est pas un acte individuel administratif), le fait de la rendre quasi obligatoire dans les faits nous interroge néanmoins sur la nature de la décision ainsi née.

La seconde conséquence conduit à remettre en cause l'utilité même de la décision implicite d'acceptation dans notre système, du moins en tant que facteur d'accélération de l'Administration active. Car dans l'hypothèse où un administré obtient l'exécution de l'un de ses droits, obtenu par le biais d'une décision implicite d'acceptation, cela sera invariablement plus long que si la décision avait été expresse.
Dans ce contexte, non seulement le silence-positif ne remplit pas son rôle, mais pire, il nuit encore davantage à la situation qu'il est censé régler, ou du moins faciliter.

En d'autres termes, dans quasiment toutes les hypothèses envisageables, la décision implicite d'acceptation – uniquement en se basant sur les délais nécessaires à son obtention et non pas sur son utilité potentielle – demandera plus de temps et d'énergie à son destinataire (et à l'Administration, ce qu'il ne faut pas non plus négliger dans cette équation) pour un résultat finalement identique à une décision positive expresse. Dans les deux cas, il faudra obtenir de l'Administration l'exécution de la décision, mais dans le cas où l'exécution devra être forcée par le juge administratif, la décision implicite d'acceptation se trouve clairement désavantagée. Cela à cause d'une attestation aussi réalistement nécessaire que discutable dans le mécanisme de sa mise en œuvre.

Ce phénomène, plus que de nuire à la généralisation de la décision implicite d'acceptation, semble nuire à son utilité et donc remettre en cause la pertinence de son existence dans notre système actuel.

[1050] Voir : Cour d'appel de Paris, Pôle 5, 9 février 2016, n° 2015/16827 : « *Considérant en effet qu'à titre principal, il appartenait à la société RWS Group de demander au directeur général de l'INPI, à partir du 20 juin 2015, l'attestation de décision implicite d'acceptation prévue par l'article L 232-3 du code des relations entre le public et l'administration* » (Cons. 8).

Conclusion de chapitre

Il ressort de l'analyse de la conceptualisation et de l'application de la décision implicite d'acceptation dans les systèmes français et étrangers un élément commun à tous les États ayant organisé un régime général pour ce mode de décision : la recherche d'extension du champ d'application d'un mode de décision demeurant, dans les faits, exceptionnel. En effet, s'il est une situation commune à tous ces États, c'est bien celle d'afficher la volonté de simplifier les procédures administratives en généralisant la décision implicite d'acceptation, tout en la restreignant de telle sorte qu'elle ne représente finalement qu'un régime d'exception. La conséquence de ce constat est la complexification du droit administratif dans ces États.

Aujourd'hui, il apparaît assez clairement que la décision implicite d'acceptation ne constitue pas un remède à la « mal-administration », au contraire. De nombreuses difficultés sont apparues et ce dans tous les États ayant tenté de généraliser la décision implicite d'acceptation. En Espagne, le silence-acceptation est perçu comme une source d'insécurité accrue, voire d'irrégularité, tandis qu'en Italie, le silence-acceptation s'est accompagné d'un transfert sur l'administré de la charge des tâches qui devraient revenir normalement à l'Administration[1051].

Parce que la décision implicite d'acceptation n'est jamais un véritable principe, une authentique règle générale mais toujours une exception (en relation soit à la décision implicite de rejet, soit à la décision expresse), il résulte de son intégration dans les divers droits publics étrangers une multiplication de la norme et des régimes d'exceptions (qui correspondaient finalement au principe avant la tentative de généralisation de la décision implicite d'acceptation).

En dépit des avantages certains que possède le silence positif du point de vue de l'accélération de l'administration active et de l'allègement des procédures administratives, l'étude de sa mise en œuvre dans les différents systèmes européens semble démontrer que sa généralisation n'est ni réalisable, ni même souhaitable. À défaut de revenir complètement en arrière et faire à nouveau du silence-rejet la règle générale, une solution évoquée, à l'instar de ce qui est fait en Pologne, pourrait être l'énumération exhaustive des procédures, qu'elles soient soumises au silence-acceptation ou au silence-rejet.

En France particulièrement, le législateur et la doctrine semblent se focaliser sur beaucoup de petits détails techniques et fonctionnels, tout en ignorant assez largement les lacunes plus théoriques certes, mais plus fondamentales selon nous, du mécanisme. Cela contribue à véritablement donner l'impression d'une loi initiale incomplète et tâtonnante, qui est réparée

[1051] L'Administration italienne étant complètement passive dans cette situation, les règles de procédures censées protéger les tiers sont ignorées la plupart du temps, des décisions irrégulières peuvent naître et dont les irrégularités sont de la responsabilité du demandeur (voir : GONOD (P.), *Le sens du silence de l'administration : bref aperçu de quelques solutions étrangères*, RFDA 2014, p. 44).

par de multiples pansements – symboles d'une vision à très court terme – plutôt que d'envisager de nouvelles réformes tirant profit de cette expérience au résultat, au mieux, mitigé.

Chapitre 2. Une transition du silence-rejet au silence-acceptation à renforcer juridiquement

Cet ultime chapitre vient clore la réflexion menée sur la décision implicite tout au long de cette recherche, et plus particulièrement du chapitre précédent. L'objectif est de rendre compte des difficultés juridiques posées par le changement de paradigme imposé par la réforme de 2013. Ainsi, il s'agira dans un premier temps de démontrer, par un raisonnement a contrario, que le silence-acceptation comme nouveau principe apparaît aujourd'hui comme étant la seule hypothèse répondant de manière satisfaisante aux exigences contemporaines de l'évolution du droit (**Section 1**). Restera alors à aborder dans un second temps la question de l'encadrement juridique de la décision implicite, notamment de la décision implicite d'acceptation, que nous avons déjà commencé à aborder à l'occasion du chapitre précédent. En effet, si la généralisation de la règle du silence-acceptation semble être l'évolution du mécanisme la plus cohérente avec les dynamiques actuelles, il apparaît toutefois nécessaire de l'encadrer avec bien plus de rigueur afin de combler ses importantes lacunes (**Section 2**).

Section 1. Le silence-acceptation, seule hypothèse répondant aux dynamiques contemporaines d'évolution du droit

L'objectif de cette section sera de démontrer que le sens positif du silence de l'Administration est devenu celui le plus en cohérence avec les dynamiques actuelles d'évolution du droit, notamment au regard de sa subjectivisation. Pour parvenir à démontrer cette idée, nous nous emploierons à développer un raisonnement a contrario, en évoquant des hypothèses alternatives intéressantes mais irréalisables ou très difficilement réalisables, ce qui nous amènera à conclure à la généralisation du silence-acceptation comme la solution qui s'impose aujourd'hui.

Ainsi il sera question d'évoquer en premier lieu l'impossible retour au principe du silence-rejet (**§1**) avant d'envisager en second lieu l'hypothèse de la suppression du mécanisme de la décision préalable, toute aussi délicate à imaginer sinon davantage (**§2**).

§1. Un retour au principe du silence-rejet impossible

L'hypothèse d'un retour au principe du silence-rejet entraîne de nombreuses difficultés, notamment d'ordre politique et au regard de l'évolution du droit. Malgré l'ampleur du mouvement de réforme que ce revirement remettrait en question, nous pensons néanmoins qu'il s'agit d'une hypothèse qu'il est nécessaire d'évoquer dans la mesure où son étude permet de mettre en exergue les principales lacunes de la voie choisie de la généralisation de la décision implicite d'acceptation. En effet, nous maintenons que le principe du silence vaut rejet représente la solution à la fois la plus simple à mettre en place et la plus sûre du point de vue

de l'équilibre juridique. Sans compter qu'il s'agit sans doute de la manière d'aborder la décision implicite la plus proche des valeurs de notre Administration, que nous avons déjà pu évoquer précédemment[1052], ce qui en fait précisément aujourd'hui une hypothèse impossible à (re)mettre en place (**A**). En outre, force est d'admettre que le silence-rejet, s'il apporte davantage de garanties juridiques que le silence-acceptation, notamment au regard des tiers, n'en présente pas les mêmes possibilités de modernisation de l'administration active (**B**).

A. Le principe du silence-rejet en opposition avec les nouvelles valeurs promues par l'évolution du droit administratif

Nous avons déjà pu évoquer plusieurs des raisons faisant selon nous du silence-rejet une meilleure règle générale, ou un meilleur principe, que le silence-acceptation. Mais la principale distinction permettant de faire ce constat concerne l'impact respectif de ces décisions sur l'ordonnancement juridique. Le silence-rejet n'est porteur d'aucun risque pour celui-ci mais contribue de fait à l'immobilisme, tandis que l'acceptation implicite présente plus de risques qu'elle n'apporte de garanties mais s'inscrit dans une dynamique active.

Cependant, nous ne pouvons nous arrêter à ce simple constat dans la mesure où la problématique nouvelle amenée par la décision implicite d'acceptation réside dans l'amélioration potentielle de la célérité administrative, ce que ne permet pas la décision implicite de rejet. En effet, et il s'agit sans conteste du principal argument contre un éventuel retour en arrière, le problème majeur posé par l'hypothèse d'un retour à la règle générale du silence-rejet réside dans le fait qu'il s'inscrit dans une dynamique inverse de celle encouragée par les réformes tendant à généraliser le silence-acceptation. Or, en toute objectivité, il semble difficilement soutenable de prôner un retour au principe du silence-rejet qui impliquerait finalement une remise en cause, de fait, d'une évolution plus large du droit public.

D'un point de vue juridique, la décision implicite d'acceptation présente beaucoup d'incertitudes pour des avantages encore très relatifs. La décision implicite de rejet est née du fonctionnement de notre contentieux administratif, notamment du recours pour excès de pouvoir (allant de pair avec la règle de la décision préalable). La décision implicite d'acceptation est, dès le départ, née comme une sorte d'anomalie en réaction à son pendant négatif. Le seul domaine dans lequel son usage semble légitime, juridiquement et historiquement, est celui du droit de l'urbanisme[1053]. Dans quasiment tous les pays européens connaissant le mécanisme de

[1052] Voir *supra*, p. 281 et s.

[1053] À titre d'exemple, nous pouvons citer les articles : L.424- 2 du Code de l'urbanisme disposant que : « *le permis est tacitement accordé si aucune décision n'est notifiée au demandeur à l'issue du délai d'instruction* » ; L. 111-4-1 du Code de la construction et de l'habitat (CCH) qui concerne la demande de dérogation concernant un projet de surélévation d'habitation ; L. 122-1 du CCH, L. 424-1 et 2 du Code l'urbanisme concernant les permis de construire, délivrés au nom de l'État, qui portent sur des travaux relatifs à un immeuble de grande hauteur.

l'implicite, le sens positif du silence de l'Administration se retrouve – majoritairement, pas exclusivement[1054] – en droit de l'urbanisme. Si aucune étude ne permet de justifier avec certitude la raison de l'existence d'une telle règle dans ce domaine particulier avant tous les autres, il semble possible de penser par raisonnement déductif que cette raison se situe dans la teneur des décisions concernées. En effet, une demande de permis de construire qui serait soumise à un silence interprété négativement par la loi conduirait potentiellement à une restriction trop importante du droit de propriété. Car le propriétaire souhaitant faire construire un bien immobilier sur un terrain lui appartenant, qui ferait la demande d'autorisation de permis de construire et se la verrait refusée au terme d'un délai de 2 ou 3 mois, pour ensuite devoir se rendre devant le juge administratif et entamer une procédure contentieuse potentiellement longue serait assez largement entravé dans l'exercice de son droit de propriété. À l'inverse, lorsque cette procédure est soumise à un silence-acceptation, il s'agit d'une simple formalité permettant à l'autorité administrative de conserver le contrôle sur la délivrance d'une telle autorisation. Sans compter que dans ce domaine, les règles de publicité permettent aux tiers d'être informés clairement et sans ambiguïté, et de ce fait, de pouvoir le cas échéant soulever des irrégularités. En somme, la décision implicite d'acceptation appliquée au domaine de l'urbanisme permet effectivement de raccourcir les procédures, tout en permettant de garantir non seulement l'effectivité des droits des administrés faisant la demande mais également celle des tiers.

L'exemple du domaine de l'urbanisme nous montre en quoi la généralisation de la décision implicite d'acceptation semble aujourd'hui être une solution encore incomplète : (la demande d'une) l'autorisation tacite de construire – nous l'avons dit – apporte à la fois les garanties d'information des tiers et la possibilité pour les demandeurs d'exercer leur droit sans entrave, ce que ne permet aucune autre demande d'autorisation implicite. Cela s'explique par un détail factuel tout à fait évident et auquel on ne prête pourtant pas beaucoup d'importance : le droit de l'urbanisme, et donc les régimes d'autorisations tacites qu'il organise, concerne presque exclusivement des constructions physiques. Or, lorsque l'objet de l'autorisation est visible par les tiers, leur information est presque toujours automatique, ce qui est loin d'être le cas avec des demandes d'agréments ou d'autorisations immatériels.

Il nous semble donc pertinent de considérer que la décision implicite de rejet, forme originelle du mécanisme implicite en droit public français, constitue la forme la plus sécurisante de la décision implicite[1055]. Le silence-acceptation trouve quant à lui sa place en droit de

[1054] Par exemple, l'article R. 423-67-2 du Code de l'urbanisme dispose lorsqu'un avis conforme de l'architecte des Bâtiments de France est nécessaire, par exemple pour une demande de permis de démolir en site inscrit, le silence vaut refus de la demande.

[1055] Cela étant, en droit de l'urbanisme toujours, il existe des hypothèses dans lesquelles le refus de permis de construire – exprès par définition – n'est pas nécessairement sécurisant du fait de la portée

l'urbanisme, où son utilisation est logique tant du point de vue de l'administré qui formule une demande d'autorisation que de celui du tiers, qui pourrait éventuellement être lésé par l'exercice de ce droit. En revanche, partir du bon fonctionnement du silence-acceptation en droit de l'urbanisme pour en déduire le succès de sa généralisation paraît être un raccourci dangereux, et la pratique confirme pour le moment cette opinion.

Au-delà de constituer le sens du silence administratif le plus sécurisant, le silence-rejet est également le plus proche des valeurs de l'Administration française, telles que nous les avons développées dans un chapitre précédent[1056] et que D. TRUCHET appelle également « principes directeurs de l'activité administrative »[1057]. Ces principes sont, selon l'auteur, « *toujours présents dans un raisonnement de droit administratif, même s'ils ne sont pas toujours exprimés. Ils expriment les « valeurs » sur lesquelles repose la matière et la distinguent du droit privé* »[1058]. Tandis que le silence-acceptation met en avant une conception beaucoup plus subjective du droit administratif, en plaçant l'intérêt de l'administré au centre de son action, le silence-rejet n'est là que pour protéger l'administré en cas de défaillance de l'Administration et respecte de ce fait la conception traditionnelle du droit administratif français en faisant primer l'intérêt général sur les intérêts particuliers.

Toutefois, si nous défendons l'idée que le silence-rejet constituait une meilleure solution que la généralisation du silence-acceptation en son temps, nous devons admettre qu'il est désormais nécessaire d'envisager de poursuivre dans la direction donnée par l'évolution du droit. L'immobilisme que prône le silence-rejet n'est en effet plus du tout adapté aux nouvelles dynamiques d'évolution du droit administratif. Si le fait de traduire le silence de l'Administration par un rejet est sans conteste plus respectueux de la stabilité et de la prévisibilité du droit, il est également un important générateur de contentieux.

De ce fait, le silence-rejet cumule en quelque sorte deux caractéristiques qui se situent à contre-courant des problématiques actuelles, à savoir l'augmentation continue du volume contentieux[1059] et le maintien d'un *statu quo* qui, s'il permet d'être plus sécurisant du point de

---

réduite des annulations dans ce domaine. Sur ce point, voir : VIC (J.-F.), *L'effectivité des décisions d'annulation dans le contentieux de l'urbanisme - Contribution à l'étude du recours pour excès de pouvoir*, thèse Nantes 1997, spéc. p. 293 et s.

[1056] Voir *supra*, p. 280 et s.

[1057] TRUCHET (D.), *Droit administratif*, PUF, coll. Thémis Droit, 8ème éd., 2019, p. 70.

[1058] *Ibid.*

[1059] Sur le site officiel du Conseil d'État, il est possible de constater que les chiffres concernant les affaires enregistrées et jugées auprès des Tribunaux administratifs, Cours administratives d'appel et de la Cour Nationale du Droit à l'Asile sont en constante augmentation depuis 2016, et ce malgré des délais de jugements de plus en plus courts.
Le nombre d'affaires enregistrées auprès des Tribunaux administratifs a augmenté de 16.75% entre 2016 et 2019, et de 10.81% pour les affaires jugées. Les Cours administratives d'appel ont connu, pour la même période, une augmentation de 14,07% des affaires enregistrées et de 9,52% des affaires jugées.

vue de la sécurité juridique, freine l'évolution de l'Administration active et du droit public lorsqu'il pourrait en être un des principaux vecteurs de modernisation.

La nouvelle problématique qui apparaît alors, plus large, concerne le fait de savoir si cette évolution est souhaitable ou non. Certes le silence-rejet n'est plus adapté aux exigences actuelles de l'évolution du droit administratif, mais cette évolution est-elle motivée par des valeurs juridiques « saines » ? Le fait de vouloir sacrifier la stabilité, vecteur de qualité et de sécurité du droit, au bénéfice de la rapidité ne nous paraît pas comme étant l'alternative la plus pertinente. Non pas que la recherche de célérité dans l'action administrative soit négative en elle-même, mais davantage dans les conséquences qu'elle entraîne et les moyens par lesquels elle s'effectue. Pour user d'une métaphore, la réforme de 2013 ne se contente pas d'ouvrir une porte, elle la fait voler en éclats, et si l'inversion du principe du silence-rejet apparaît en effet comme la voie la plus pertinente à suivre compte tenu des constats que nous avons évoqués jusqu'ici, il ne s'agit pas selon nous de la plus légitime[1060].

Quoi qu'il en soit, et quelle que soit notre opinion à ce sujet, un retour au silence-rejet en tant que principe ou règle générale est devenu inenvisageable dès lors que la réforme de 2013 est née. Plus qu'une inversion discutable d'un principe juridique plus que centenaire, il s'agit davantage d'y voir l'expression d'une volonté politique nouvelle et la reconnaissance du franchissement d'une étape supplémentaire dans l'évolution du droit, et plus largement de l'évolution de la société, aux besoins de laquelle le droit doit s'adapter.

Du fait de la sollicitation toujours plus pressante des administrations par les administrés, les outils juridiques se doivent d'être plus opérationnels et permettre de suivre le rythme imposé par ces nouvelles normes sociétales. En outre, il est possible de constater que la culture du procès, auparavant caractéristique spécifique du modèle américain, est progressivement en train d'être « transposée » en France, en témoigne l'augmentation croissante du contentieux. Dès lors, étant donné que l'Administration française a toujours choisi d'éviter au maximum d'aller jusqu'au stade du contentieux (notamment par le biais des recours hiérarchiques et du dialogue avec l'administré) mais que cela ne semble plus suffire à endiguer la hausse du contentieux, le principe du « silence vaut acceptation » apparaît alors comme une solution plus adéquate. Si le passage à un tel principe n'empêche pas la création de contentieux, il en réduit néanmoins assez largement – du moins potentiellement – la possibilité. Il est certes envisageable de considérer que la création d'un droit puisse porter atteinte à certains tiers (par

Enfin, pour confirmer la démonstration de cette tendance, le Conseil d'État a également rencontré sur cette période une augmentation de 3,58% du nombre d'affaires enregistrées et de 1.78% du nombre d'affaires jugées (avec une baisse d'environ 5,5% chaque année depuis 2016 et un nouveau pic de 7.9% entre 2018 et 2019). (source [en ligne] : https://www.conseil-etat.fr/actualites/actualites/decouvrez-les-chiffres-cles-2019-du-conseil-d-etat-et-de-la-juridiction-administrative).

[1060] Nous traiterons plus en détail de cette question dans la conclusion générale, voir *infra*, p. 425 et s.

exemple dans les hypothèses de permis de construire ou les décisions de promotion dans la fonction publique) ou même au bénéficiaire de ce droit (c'est parfois le cas pour des décisions d'acceptation de rachat d'années d'études), mais ces hypothèses restent toujours moins courantes que les cas de contestation de décisions de rejet[1061].

B. Le silence-rejet, un outil de modernisation de l'administration active limité

Une autre problématique empêchant de considérer comme viable un éventuel retour au principe du silence vaut rejet concerne sa capacité limitée, voire nulle, à être considéré comme un outil de modernisation de l'Administration active lorsque l'on effectue la comparaison avec son pendant positif (1). Toutefois, si le silence-acceptation et la volonté de le généraliser présentent de ce point de vue une plus grande marge d'évolution, il demeure encore assez largement imparfait (2).

1) Les limites du silence-rejet comme outil de modernisation

Comme nous l'avons soulevé, le principal défaut de la décision implicite de rejet réside dans le fait qu'elle ne semble plus correspondre aujourd'hui aux nouveaux standards portés par l'évolution du droit public, au contraire, elle semble même les contredire. Cependant, en considération de tout ce que nous avons pu voir concernant la décision implicite de rejet, cette caractéristique n'étonne pas : le silence-rejet n'est pas un outil de modernisation pour la simple raison qu'il n'a pas été pensé comme tel. Le silence-rejet n'a qu'un but : lier le contentieux en comblant le vide juridique né d'un silence administratif. De manière encore plus générale, la décision implicite de rejet n'existe que pour pallier les faiblesses engendrées par la règle de la décision préalable.

Par ce simple fait, le silence-rejet n'est même pas un outil de modernisation *en puissance*. Car si l'implicite permet potentiellement un gain de temps en termes de procédure lorsqu'on le compare au mode exprès, le rejet, lui, fige le temps et le droit.

C'est en fait sur la nature du silence qu'il faut se concentrer car c'est le silence qui fait l'implicite. Si cela s'apparente à un truisme, il n'en reste pas moins que celui-ci renferme des vérités sans doute moins évidentes à saisir. En particulier le fait que le silence est d'abord assimilé, en droit public, à une défaillance, à un déni. Là où la création d'une décision de rejet en présence d'un silence administratif fait sens en droit, dans notre système fondé sur la décision préalable, le silence-acceptation n'apparaît que comme une sophistication superflue. Pour reprendre la métaphore de la pièce de monnaie, les deux côtés possèdent leur utilité (même si cela change selon les époques) : l'un indique la valeur numérique de la pièce (côté *pile*), l'autre

[1061] Une recherche sur n'importe quelle base de données jurisprudentielle, quel que soit le degré de juridiction, montre que l'immense majorité des décisions rendues concerne des décisions de rejet à l'origine du litige.

est frappé d'un symbole de reconnaissance de l'État dont est issue la pièce, parfois à l'effigie du dirigeant dudit État (côté *face*). En ce qui concerne le silence, la logique n'est pas la même. Car si notre conception du droit est binaire, la traduction du silence non juridique ne l'est pas. Un silence peut vouloir dire une infinité de choses. Le fait de lui attribuer soit un sens de rejet ou d'acceptation en droit est donc de ce point de vue extrêmement réducteur et donne une perception altérée de la réalité. Comme si le silence juridique ne pouvait avoir qu'un sens négatif et un sens positif.

Si cela semble cohérent avec la nature de fiction juridique attribuée à la décision implicite, il reste néanmoins que le silence de l'Administration devrait, en droit, ne valoir que rejet ou du moins, majoritairement rejet. Nous l'avons déjà soulevé mais dès lors qu'il est admis qu'aucun individu ni aucune institution n'est infaillible, alors le droit ne l'est pas non plus et la norme peut être erronée, dès sa création ou dans son application. Généraliser le silence-acceptation signifie alors non seulement accepter que l'erreur puisse être créatrice de droit, mais également, dans notre système juridique et juridictionnel actuel, accepter l'idée qu'un droit créé par erreur puisse échapper à tout contrôle, légitimant alors ce dernier par l'usage.

Dans cette hypothèse, ce n'est pas tant l'importance du droit concerné qui pose problème mais bien l'idée même qu'il puisse être *volontairement* permis par le droit d'octroyer des droits par erreur, et ce peu importe la probabilité de chance que cela se produise. Tant qu'elle n'est pas nulle, nous ne pouvons soutenir l'idée d'une généralisation de ce sens positif du silence de l'Administration.

En revanche, si l'on s'intéresse maintenant moins au concept du silence qu'à la décision implicite en tant qu'outil, il apparaît alors que le remplacement du silence-rejet par le silence-acceptation n'est pas tant le fruit d'une volonté de faire évoluer le mécanisme en l'adaptant aux évolutions du droit, mais plus largement celui d'une volonté de faire évoluer le droit public pour mieux l'adapter aux transformations de la société.

C'est la problématique qui nous semble la plus centrale lorsque l'on s'intéresse à la décision implicite d'acceptation. Contrairement au silence-rejet, le silence-acceptation – au-delà d'être apparu comme une réaction au sens négatif du silence de l'Administration – a été pensé comme un outil d'accélération de l'Administration active. Ce phénomène s'est trouvé exacerbé par l'effet de la réforme de 2013 et c'est beaucoup moins la dynamique que nous critiquons que sa traduction et son exécution juridiques. Car si l'intention est louable, les conséquences que cela entraîne sur la conception de notre droit public ne semblent pas pouvoir être contrôlées. Or, si l'adaptation de notre droit aux changements sociétaux est nécessaire, il l'est tout autant qu'elle soit encadrée. Nous pensons en effet qu'il appartient au droit de fournir un cadre équilibré à la société, c'est-à-dire à la fois suffisamment flexible pour pouvoir justement s'adapter à l'évolution des mœurs (car le droit ne reste qu'un outil) mais en même temps

assez rigide et stable pour pouvoir exécuter cette tâche de manière lente et réfléchie, ou encore, prévisible.

La généralisation du silence-acceptation porte en elle – pour le moment – autant de dangers que de solutions potentielles. Car si généraliser le sens positif du silence signifie gain de temps en procédure, à l'instar du silence-rejet, il signifie aussi généraliser une Administration passive, valider le statut de « citoyen-administré »[1062] qui pour nous dans les faits s'apparente davantage à un retournement complet, et pas forcément désirable, de la relation Administration/administré.

En effet, la notion de « citoyenneté administrative » est née avec un décret du 28 novembre 1983 concernant les relations entre l'administration et les usagers, et tente d'opérer une rupture avec les autres dénominations (usager, administré, public…), qui traduisent « *l'inégalité fondamentale que le droit administratif établit entre les personnes publiques et les autres puisque les premières ont des prérogatives de puissance publique dont les secondes sont dépourvues* »[1063]. D. TRUCHET critique cette intention d'introduire de la démocratie dans les relations administratives par le biais de la notion de « citoyen-administratif » en relevant d'une part que la démocratie politique « repose sur l'élection par le peuple souverain de ceux qui dirigeront le pays »[1064] alors que la citoyenneté administrative n'implique pas d'élire des administrateurs, et d'autre part, le citoyen administratif recouvre un ensemble bien plus vaste (comprenant notamment personnes physiques et morales, citoyens français et étrangers) que le citoyen politique.

Globalement, si la démocratie administrative reste pour l'instant « en pointillé »[1065], le désir profond des administrés qu'elle symbolise est bien visible et les conséquences que cela implique ne sont pas nécessairement souhaitables.

Surtout, nous l'avons relevé, cette évolution prône davantage une dynamique de réparation de l'erreur (dans l'hypothèse d'un droit qui aurait été illégalement attribué de manière tacite) plutôt que celle d'une recherche de prévention (ce qui est le cas avec le silence-rejet). Si ce dernier point n'est pas nécessairement choquant en soi, il se fait le témoin d'un changement drastique dans la conception, et l'avenir, du recours pour excès de pouvoir.

La décision implicite n'existe que par et pour la mise en œuvre du recours pour excès de pouvoir, seulement cette affirmation est valide surtout lorsque l'on considère le sens négatif

[1062] Nous entendons par cette formule inspirée des travaux de G. DUMONT (*La citoyenneté administrative*, thèse Paris 2, 2002, 7498 p.), que l'administré autrefois considéré comme assujetti à l'Administration est désormais titulaire de droits de plus en plus étendus dans ses rapports à cette même Administration, ce qui entraîne une confusion des deux statuts et une inversion progressive de la relation entre administré et Administration.
[1063] TRUCHET (D.), *Droit administratif*, PUF, coll. Thémis Droit, 8ème éd., 2019, p. 145.
[1064] *Ibid.*, p. 146.
[1065] *Ibid.*

du silence, dont découle une décision faisant grief. La décision implicite positive peut également faire naître une telle décision, mais les hypothèses sont beaucoup plus rares (le plus souvent lorsqu'un tiers se voit lésé, et plus rarement lorsque le destinataire de la décision ne souhaite pas bénéficier du droit acquis). Ainsi, l'intérêt du recours pour excès de pouvoir s'en voit directement impacté.

Nous pourrions sans doute légitimement arguer que la vision proposée ici de la décision implicite d'acceptation est biaisée dans la mesure où un contradicteur pourrait tout à fait défendre l'idée inverse selon laquelle si une décision positive naît à l'issue d'un silence administratif, alors il n'est pas pertinent de la traduire comme une manière « d'échapper » au contrôle du juge administratif dans la mesure où la décision est supposée légale, l'Administration compétente ayant sciemment pris cette décision.

Nous ne pouvons néanmoins nous résoudre à valider ce point de vue, cela reviendrait à considérer que le risque que la décision implicite soit le fruit d'une défaillance soit suffisamment marginal pour ne pas représenter une variable dont il faudrait tenir compte. Or, rien ne permet aujourd'hui de démontrer la véracité d'une telle affirmation. Dès lors il convient, par souci de protection de l'intérêt général et de la sécurité juridique, d'écarter cette possibilité tant qu'elle peut se produire.

À nouveau, il semble inévitable de devoir reconnaître que si le retour à un principe de silence-rejet serait souhaitable selon nous, il ne s'agit plus de la solution la plus pertinente désormais, que ce soit d'un point de vue politique ou juridique. Si la décision implicite de rejet répond à la condition de stabilité du droit, elle ne permet malheureusement pas de s'adapter aux évolutions d'aujourd'hui, notamment de subjectivisation du droit, du moins pas de manière suffisamment satisfaisante. À l'inverse, le silence-acceptation se présente comme un outil juridique pouvant bénéficier à la fois à l'Administration et à l'administré, en accélérant les procédures. L'impact psychologique de l'acceptation n'est pas négligeable non plus. Pour autant, il ne présente pas les garanties de stabilité requises selon nous pour pouvoir remplacer sereinement le principe du « silence vaut rejet ».

Cependant, à choisir, il paraît aujourd'hui plus adéquat de poursuivre dans la voie ouverte par la réforme de 2013, tout en recherchant un bien meilleur encadrement de la décision implicite d'acceptation, ce que nous verrons dans l'ultime sous-partie de cette recherche[1066].

2) Le silence-acceptation, un outil potentiel de modernisation de l'Administration active grevé d'importantes faiblesses conceptuelles

Nous ne reviendrons pas ici sur les dangers que présente la décision implicite d'acceptation, et a fortiori sa généralisation, que nous venons d'évoquer dans la mesure où s'il s'agit

[1066] Voir *infra*, p. 416 et s.

bien de « faiblesses » du mécanisme, elles ne sont pas inhérentes à ce dernier. C'est la volonté de généraliser un mécanisme pensé initialement comme accessoire, sans le modifier en conséquence, qui transforme certaines caractéristiques inhérentes au silence-acceptation en faiblesses. Il s'agit ici davantage de montrer l'existence de certaines failles présentes dès le départ, qui auraient dû être selon nous prises en compte préalablement à l'entrée en vigueur de la réforme de 2013 afin, justement, de rendre la généralisation du silence-acceptation en tant que principe viable et moins aléatoire dans son application.

À ce titre, il est possible d'évoquer l'hypothèse d'un éventuel effet pervers de la tentative de généralisation de la décision implicite d'acceptation par la réforme de 2013, pouvant être trouvé dans le risque d'une augmentation des décisions expresses de rejet. Si nous partons du principe que l'implicite constitue encore aujourd'hui dans l'imaginaire juridique une défaillance, un dysfonctionnement, alors il n'est pas inintéressant de se poser la question d'une interprétation déformée de la volonté de généraliser le silence-acceptation par les administrations notamment.

En effet, selon les parlementaires ayant effectué le bilan de l'application de la loi du 12 novembre 2013[1067], le but du retournement du principe « silence vaut rejet » est de faire peser une sorte d'obligation morale sur l'Administration – en jouant précisément sur l'idée de dysfonctionnement attachée à l'implicite – afin de forcer la prise de décision expresse dans un délai nécessairement plus court que le délai implicite, ce qui engendre un gain de temps potentiel. Il est déjà intéressant de constater à ce niveau que l'interprétation du Parlement français de l'intérêt de généraliser la décision implicite d'acceptation diffère assez largement de la vision européenne, plus pragmatique. Cette dernière se fonde davantage sur les domaines concernés par la décision implicite et les avantages en termes de célérité pouvant en être retirés, là où le Parlement français, dans son analyse, semble plutôt tenir compte de la dimension psychologique du mécanisme.

Cependant, si nous avons pu vérifier que ce levier existe bel et bien, il n'est fondé sur aucune donnée tangible et reste de ce fait assez peu fiable. Comme nous avons pu le voir, l'implicite peut être interprété de diverses manières selon la culture des administrations et leur rapport à l'administré.

Le problème de cette interprétation est qu'elle ne tient pas compte de toutes les données. S'il existe une probabilité pour que les administrations préfèrent effectivement répondre de manière expresse aux demandes qui leur sont adressées, il n'existe en revanche aucune garantie qu'elles le fassent. Nous pourrions imaginer que les administrations, plutôt que de prendre le

[1067] Rapport d'information n° 629 (2014-2015) de MM. Hugues PORTELLI et Jean-Pierre SUEUR, fait au nom de la commission des lois, déposé le 15 juillet 2015.

risque de faire naître une décision implicite d'acceptation par accident préfèrent répondre systématiquement de manière négative et expresse (du moins pour toutes les demandes approchant du délai passé lequel naît la décision implicite), et de s'en remettre le cas échéant au juge administratif, plutôt que de prendre le risque d'octroyer un droit, illégal ou en tout cas non contrôlé, ce qui retirerait presque toute substance à la réforme, voire même à l'implicite. Dans ce cas, l'objectif de la réforme de 2013 serait non seulement un échec, mais conduirait même à encourager le comportement inverse de celui envisagé.

Étant donné la manière actuelle qu'ont les différentes administrations d'appréhender l'implicite, c'est-à-dire de manière « négative », il est sans doute plus proche de la réalité de considérer que l'hypothèse de la réponse négative systématique et expresse a plus de chance de se produire que l'inverse. Encore une fois, la décision implicite est majoritairement le fruit d'une défaillance, donc d'une absence d'étude de la demande, ce qui signifie que dans le cas où l'Administration se trouve dans les délais, alors le fait que le silence vaille rejet ou acceptation n'influence absolument pas la décision qui naîtra, le cas échéant, de manière expresse. Car s'il devait exister un principe régissant l'action administrative du point de vue de la prise de décision aujourd'hui, il s'agirait sans doute d'un principe affirmant que : « Sauf les cas pour lesquels cela est impossible (obligation de délai, de forme), toute décision rendue par l'Administration doit être rendue de manière expresse ». En d'autres termes, nous soutenons l'idée selon laquelle – en l'état actuel du fonctionnement administratif français – si l'Administration doit subir une quelconque « pression », qu'elle soit morale, juridique ou déontologique, à cause du dispositif de la décision implicite, son réflexe – conservateur – sera très probablement celui du rejet, de la réponse négative ou de la décision expresse qui, même si elle peut être positive, s'éloigne de la dynamique actuelle. Elle privilégiera la sécurité juridique et l'intérêt général plutôt que les intérêts particuliers, et ce malgré les dynamiques actuelles.

Si la décision implicite d'acceptation doit être généralisée, alors elle ne doit pas être conçue ni perçue comme un outil de persuasion ou de dissuasion. Elle doit être considérée comme un outil d'accélération de l'action administrative, dont la maîtrise revient à l'Administration. Cela permettrait ainsi de faciliter le travail administratif, tout en simplifiant les démarches pour les administrés. Il s'agirait donc d'une véritable simplification.

La nécessité de chercher à encadrer la généralisation du silence-acceptation apparaît donc de ce point de vue encore plus urgente. Non seulement il est primordial que cette nouvelle dynamique permette une réelle simplification du droit, et non pas l'inverse comme c'est actuellement le cas, mais il est également important qu'elle ne nuise pas à la cohérence de l'implicite même en induisant un comportement administratif inverse à celui espéré.

La véritable difficulté qui se pose lorsque l'on s'interroge sur la question de la simplification de la décision implicite, c'est que l'on pose la question – plus large et complexe – de

la simplification du droit. Jean-Marie PONTIER[1068] estime que les causes de cette complexité croissante du droit résident essentiellement dans la multiplication des connaissances ainsi que dans celle des sources du droit. Dans le premier cas, l'affinement constant des connaissances pousse à la création de nouveaux concepts toujours plus poussés et plus nombreux, qui finissent par perdre en cohérence pour le profane, et parfois même pour le spécialiste (en témoigne le droit fiscal par exemple). Dans le second cas, les sources nouvelles venues alimenter notre droit (comme le droit de l'Union européenne) en ont automatiquement complexifié la lecture : la hiérarchie des normes telle que pensée par KELSEN – quand bien même les juristes tendent à s'y accrocher encore – n'est plus en réalité qu'une image rémanente d'un autre modèle de droit.

La décision implicite se trouve dans la situation hybride où elle est soumise à la complexité générale du droit alors qu'elle est elle-même un mécanisme de simplification en puissance. En effet, elle doit prendre en compte toujours plus de procédures dans des domaines toujours plus variés et eux-mêmes de plus en plus complexes[1069], ce qui complique le mécanisme de manière intrinsèque pour une question purement quantitative. En outre, le dispositif de l'implicite souffre de cette complexification croissante du droit du fait de sa difficile lisibilité et du flou entourant son identité juridique (quels sont aujourd'hui ses fondements ?, quelle est sa valeur juridique ?), faute de lois claires concernant son fonctionnement.

Or, selon Alix TOUBLANC, simplifier le droit, c'est anticiper la situation contentieuse ou l'éviter[1070]. La décision implicite – a fortiori de rejet – étant un outil de liaison du contentieux, elle peut participer à la création de précédents jurisprudentiels (sans nécessairement être un facteur d'augmentation du contentieux), potentielles sources du droit certes mineures[1071], qui – avec la loi – est un facteur de simplification puisque d'anticipation/d'évitement du contentieux, à condition que leurs termes soient clairs et intelligibles.

Réfléchir à la simplification du droit permet donc de réfléchir à la simplification, entre autres, du mécanisme de la décision implicite, et la simplification de ce dispositif permettrait potentiellement de participer à simplifier davantage le droit.

Cette réflexion semble aujourd'hui devoir s'axer autour de la décision implicite d'acceptation et de sa généralisation dans la mesure où il s'agit de la conception de la fiction juridique du silence présentant le plus de potentiel en tant qu'outil de modernisation de l'administration active, notamment lorsque l'on vise une plus grande célérité dans les réponses apportées aux

[1068] PONTIER (J.-M.), *Brèves remarques sur la simplification du droit*, in *La simplification du droit* (dir. Jean-Marie Pontier), PUAM, 2006, pp. 7-15.

[1069] Nous pensons ici en particulier au droit des étrangers. Voir : FERCHICHE (N.), *La complexité croissante du droit des étrangers et la simplification de leur accès au droit*, in *La simplification du droit* (dir. Jean-Marie Pontier), PUAM, 2006, pp. 197-220.

[1070] TOUBLANC (A.), *La nécessité de simplifier le droit*, in *La simplification du droit* (dir. Jean-Marie Pontier), PUAM, 2006, pp. 17-24.

[1071] Si le nombre de décisions rendues augmente, il est possible d'imaginer que le phénomène se retrouve au niveau de la jurisprudence.

administrés. Un meilleur encadrement et une plus grande rationalisation de la décision implicite d'acceptation et de sa généralisation permettraient sans aucun doute de simplifier l'état du droit public en France. Encore faut-il réfléchir à la problématique de la bonne manière.

§2. Des hypothèses théoriques de transformations du système juridique inenvisageables en pratique

L'existence de la fiction juridique du silence en droit public français peut essentiellement être justifiée par deux facteurs complémentaires. L'invention de la règle de la décision préalable contraint l'administré à devoir obtenir une décision de l'administration avant de pouvoir envisager toute contestation devant un juge. Sans cette règle de procédure administrative, la fiction du silence juridique n'aurait pas lieu d'être. Cependant, si cette règle peut être tenue à elle seule comme responsable du caractère nécessaire de la décision implicite, elle n'aurait de raison d'être sans la conception et la construction particulières du rôle du juge administratif en France. Il paraît donc intéressant de revenir dans un premier temps sur les origines de la règle de la décision préalable afin d'en comprendre le fonctionnement et donc l'utilité, ce qui permettra de poser les bases d'une réflexion fondée sur l'hypothèse extrême de la disparition de cette règle ou tout du moins de sa transformation (**A**). Dans un second temps, et dans une perspective d'épuisement des hypothèses de simplification du droit alternatives à la généralisation du principe de la décision implicite d'acceptation, il apparaît opportun de s'intéresser aux évolutions potentielles de l'office du juge administratif, qui semblent néanmoins trop lourdes pour pouvoir être véritablement envisagées (**B**).

Ce paragraphe s'intéresse donc aux obstacles potentiels se dressant devant l'hypothèse de la disparition de la règle de la décision préalable en France, et incidemment de la décision implicite, ainsi que ceux s'opposant à toute modification fondamentale de l'office du juge administratif français, et venant de ce fait confirmer la pertinence de la voie choisie aujourd'hui par le Gouvernement.

A. La décision préalable, « pierre angulaire » de la liaison du contentieux administratif

Afin de bien comprendre de quoi il retourne, il apparaît nécessaire de partir de la notion de « liaison du contentieux »[1072]. En effet, qu'il s'agisse d'un recours de plein contentieux ou d'un recours pour excès de pouvoir, il est nécessaire pour tout justiciable de lier le contentieux, c'est-à-dire de former un recours contre une décision qui sera ensuite déférée devant le juge administratif. Il n'est pas possible en droit public français de saisir le juge sans qu'il existe de décision préalable à la saisine.

[1072] Sur le sujet, voir : HAÏM (V.), *Répertoire de contentieux administratif (Recours de pleine juridiction)*, Dalloz, Février 2019 (actualisation : Avril 2019), point 109 et suivants.

Ce principe découle de l'article R. 421-1 du Code de justice administrative (dans sa rédaction issue du décret n°2019-1502 du 30 décembre 2019), qui dispose que « la juridiction ne peut être saisie que par voie de recours formé contre une décision, et ce, dans les deux mois à partir de la notification ou de la publication de la décision attaquée ; lorsque la requête tend au paiement d'une somme d'argent, elle n'est recevable qu'après l'intervention de la décision prise par l'administration sur une demande préalablement formée devant elle ». Si la règle existe depuis longtemps dans notre système contentieux (notamment en matière de plein contentieux) et paraît acquise, les raisons de son existence demeurent relativement floues et aucune n'entraîne un consensus clairement identifiable. Le professeur SANDEVOIR estime par exemple qu'il s'agit d'une « survivance de la théorie du ministre-juge, et peut-être aussi une séquelle de la théorie de l'État-débiteur »[1073]. De manière plus pragmatique, et plus fonctionnelle, il est possible d'admettre que cette règle a simplement pour but de délimiter le cadre de la requête, de marquer matériellement l'existence d'un litige. Sans cette règle – cela est sans doute encore plus visible à notre époque caractérisée par l'inflation contentieuse – il n'est pas difficile d'imaginer l'engorgement des prétoires rendant quasiment impossible le travail des juges. Il semble légitime d'admettre que le juge ne puisse être saisi que s'il existe véritablement un litige, un désaccord, entre les deux parties, ce qui, dans le cas du droit public se manifeste assez logiquement par une décision de l'Administration.

Jean KAHN, dans ses conclusions sur l'arrêt du Conseil d'État, *Dame Veuve Ginestet* du 23 mars 1956[1074], écrivait d'ailleurs à ce propos que « *la demande au juge n'est que la reproduction de la demande à l'administration, et l'étendue du litige est fixée, dès avant l'introduction du pourvoi, par la demande dont le rejet, exprès ou implicite, a lié le contentieux : c'est la prétention soumise à l'administration et rejetée par elle qui limite le recours contentieux. Le pourvoi introduit devant la juridiction compétente doit inclure les mêmes parties (ainsi, le contentieux n'est lié qu'à l'égard de l'auteur de la demande adressée à l'administration), et il doit tendre au même objet en se fondant sur la même cause juridique* ». C'est également cette règle qui permet de dire qu'une demande gracieuse faite par exemple à l'administration fiscale – pour prendre l'exemple évoqué par V. HAÏM – tendant à la remise des pénalités à la suite de la procédure de redressement et ne contenant aucun moyen de droit, constitue une requête insusceptible de lier le contentieux fiscal[1075]. Sans cette règle et la définition qu'en donne ici J. KAHN, un administré pourrait saisir le juge même dans le cas d'un rejet de demande gracieuse. D'autant plus que sans la règle de la décision préalable, la distinction entre recours contentieux et recours gracieux pourrait très bien ne pas exister, puisque le seul facteur délimitant correspondrait aux prétentions des parties, qu'elles aient ou non une cause juridique.

[1073] Voir la première édition du Répertoire du contentieux administratif (Recours de pleine juridiction).
[1074] Req. n° 3587, Lebon 141, AJDA 1956, p. 164 concl.
[1075] CE, 11 juillet 1984, req. n° 21851.

L'autre avantage que présente la règle de la décision préalable réside dans le fait qu'au-delà de délimiter le cadre de la requête, et donc de permettre la liaison du contentieux, elle permet également de tenter de négocier avec l'Administration avant un éventuel recours contentieux. En effet, la décision de l'Administration servant le cas échéant de support au recours, elle autorise préalablement une tentative de conciliation. Dès lors, la décision préalable en tant qu'outil de liaison du contentieux permet en quelque sorte de jouer le rôle d'un « double filtre », et garantit ainsi que l'accès au juge ne soit jamais superflu ni trop restreint, a fortiori avec la création de la décision implicite de rejet qui s'assure que la liaison du contentieux peut s'effectuer même en cas de silence de l'Administration.

Pour achever cette courte présentation sur la liaison du contentieux, il est intéressant de noter qu'avant 2016 il existait une exception à cette règle : le domaine des travaux publics[1076]. Le décret[1077] cité en introduction de ce développement a fait disparaître cette exception, ce qui a été assez largement critiqué par la doctrine. Nous ne nous y intéresserons cependant pas outre mesure, cette problématique ne concernant pas le présent propos.

Dans certains cas, même s'il n'y a pas de décision administrative à proprement parler, il y a néanmoins toujours « *un acte juridique consigné, approuvé ou validé par une instance ou une autorité administrative* »[1078] qui sera assimilé à une décision entendue au sens de la règle de la décision préalable. À titre d'exemple, il est possible de s'appuyer notamment sur la matière électorale, pour laquelle le résultat du scrutin, consigné dans un procès-verbal, fait l'objet d'une proclamation[1079] ou d'une délibération[1080]. De la même manière, en matière fiscale « *les impôts directs et les taxes assimilées sont recouvrés en vertu soit de rôles rendus exécutoires par arrêté du directeur général des finances publiques ou du préfet, soit d'avis de mise en recouvrement* »[1081].

Enfin, il convient de préciser qu'il existe une dernière exception à la règle de la décision préalable, il s'agit des cas dans lesquels la décision préalable ne suffit pas à lier le contentieux. Parfois, une exigence supplémentaire vient compléter la règle étudiée : celle du recours administratif préalable obligatoire. De cette condition dépend, dans certains cas, la recevabilité de

[1076] Voir notamment : CE, 18 janvier 1963, *Wiere* (pour un marché de travaux publics) ; CE, sect., 4 octobre 1957, *Min. Travaux publics c/ Beaufils*, (pour des dommages) ; CE, sect., 1er octobre 1966, *Bachimont* – CE, 6 février 1970, *Préfet de police c/ Kerguelen* – CE, 4 juin 1975, *Boniface* (pour des participations financières).
[1077] Décret n°2016-1480 du 2 novembre 2016 portant réforme du Code de justice administrative.
[1078] HAÏM (V.), *Répertoire de contentieux administratif (Recours de pleine juridiction)*, Dalloz, Février 2019 (actualisation : Avril 2019), point 109 et suivants.
[1079] Pour l'élection au conseil régional : Code électoral, art. L. 360 et CE, 19 juillet, 2016, req. nº 395504.
[1080] Pour l'élection de conseillers communautaires au sein d'un établissement public de coopération intercommunale : CE, 16 novembre 2016, *Fischer*, req. nº 398262.
[1081] Voir : article 1658 du Code général des impôts.

la requête, le contentieux ne pouvant pas être regardé comme lié en l'absence de ce recours, et ce malgré l'existence d'une décision préalable.

À la différence de la décision préalable, l'exigence d'un recours administratif préalable ne se justifie pas par la volonté de lier le contentieux puisque la décision litigieuse existe déjà. Il s'agit en revanche d'une condition de recevabilité du recours dans les cas où l'avis d'une autorité (comité, commission etc…) est considéré par la loi comme étant nécessaire. De ce fait, l'exigence d'un recours préalable obligatoire ne peut découler que d'une loi. C'est le cas notamment dans le cadre du contentieux fiscal, où la loi du 27 décembre 1927 a introduit le recours administratif préalable obligatoire sous la forme d'une « réclamation » obligatoire devant le directeur des services fiscaux[1082]. Il existe beaucoup d'autres cas – sur lesquels nous ne nous attarderons pas – dans lesquels la loi a institué une telle obligation, notamment en matière électorale[1083], de droit des étrangers[1084] et de contraventions de stationnement[1085].

Une disparition de la règle de la décision préalable ne serait donc pas nécessairement souhaitable dans la mesure où elle joue divers rôles, tous présentant une utilité différente du point de vue de l'amélioration de la qualité du droit et de la justice, notamment par son rôle de filtre. Nous l'avons déjà évoqué, mais l'une des problématiques actuelles se trouve être l'augmentation constante du contentieux, provoquant un potentiel allongement des délais de jugement. La dynamique visant à accélérer les procédures tout en cherchant à les simplifier rend difficile l'abandon de la règle de la décision préalable dans la mesure où le rôle qu'elle joue s'intègre parfaitement dans cette tendance.

Plutôt que de chercher à supprimer la règle de la décision préalable, il faudrait donc davantage en envisager la refonte, rendant l'hypothèse peut-être plus facilement acceptable. L'une des voies possibles de réforme de cette règle pourrait être de réduire le niveau d'exigence requis pour lier le contentieux en admettant que la simple demande préalable pourrait suffire. Nous l'avions déjà évoqué[1086], la règle de la décision préalable peut-être scindée en deux étapes : la demande et la décision.

[1082] Par exemple, CE 19 janvier 1966, req. nº 62025.

[1083] Article L. 18, III. du Code électoral : « *Tout recours contentieux formé par l'électeur intéressé contre une décision prise au titre du présent article est précédé d'un recours administratif préalable, à peine d'irrecevabilité du recours contentieux* ».

[1084] Article D211-5 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile : « *Une commission placée auprès du ministre des affaires étrangères et du ministre chargé de l'immigration est chargée d'examiner les recours contre les décisions de refus de visa d'entrée en France prises par les autorités diplomatiques ou consulaires. La saisine de cette commission est un préalable obligatoire à l'exercice d'un recours contentieux, à peine d'irrecevabilité de ce dernier* ».

[1085] Article L. 2333-87, VI. du Code général des collectivités territoriales : « *Les recours contentieux visant à contester l'avis de paiement du montant du forfait de post-stationnement dû font l'objet d'un recours administratif préalable obligatoire auprès de la commune, de l'établissement public de coopération intercommunale, du syndicat mixte ou du tiers contractant dont relève l'agent assermenté ayant établi ledit avis* ».

[1086] Voir *supra*, p. 32 et s.

Aujourd'hui avec l'existence du recours pour excès de pouvoir, la décision est requise pour pouvoir lier le contentieux puisqu'elle est ce qui donne sa légitimité au recours[1087]. Il serait néanmoins possible d'imaginer que seule la demande puisse octroyer le droit de saisir le juge administratif. Cela permettrait en théorie de faire en sorte de pouvoir se passer de la décision implicite et donc d'éviter l'octroi accidentel de droits, mais au risque de participer davantage à l'augmentation du contentieux, ce qui n'est pas souhaitable. Néanmoins avant de tirer quelque conclusion que ce soit, il serait impératif d'effectuer une véritable étude de la question, ce qui malheureusement ne s'insère pas dans l'objet de cette recherche.

Ce qui est certain en revanche, et que nous avons commencé à percevoir lors de cette présentation de la règle de la décision préalable, réside dans l'idée que de telles transformations sont inenvisageables à court et moyen termes du fait qu'elles obligeraient à remettre en cause des pans entiers de notre système juridique.

B. La transformation difficilement envisageable du rôle du juge administratif

L'hypothèse extrême envisagée dans ce paragraphe impose d'étudier également sur le rôle du juge administratif et sur sa relation avec l'Administration dans la mesure où ce sont ces facteurs qui déterminent – ou ont déterminé – en grande partie les règles d'accès au juge administratif en France. S'intéresser aux raisons faisant que l'ordre juridictionnel administratif fonctionne de la façon dont il fonctionne aujourd'hui est primordial si l'on souhaite réfléchir à sa transformation éventuelle.

Il s'agit dans les développements suivants de revenir assez brièvement sur les origines de notre ordre juridictionnel dualiste (1) afin de mieux comprendre les raisons pour lesquelles il serait difficilement envisageable de chercher à remettre en question le rôle du juge administratif, que ce soit en accentuant son pouvoir vis-à-vis de l'Administration active ou en modifiant les règles d'accès à ce dernier (2). Néanmoins, même si la tâche s'avère idéaliste, il demeure possible d'envisager des pistes d'évolution plausibles du rôle du juge administratif (3), cela dans le but de chercher à dépasser le mécanisme de la décision implicite, présentant de trop nombreux risques au regard de la qualité du droit selon nous, a fortiori à l'aune des évolutions récentes.

1) L'histoire de la relation Administration/juge administratif

Avant d'aborder plus en détail l'idée principale de cette sous-partie, il apparaît raisonnable d'évoquer d'abord la relation existant en France entre l'Administration active et le juge administratif, notamment en ce qui concerne ses origines.

[1087] LAFERRIÈRE écrivait que le recours pour excès de pouvoir est le « procès fait à un acte » (*Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, préc., t. 2, p. 560).

En effet, il est important de conserver à l'esprit qu'initialement il revenait aux administrateurs la tâche de juger les litiges de l'administration (ce que l'on appelle le système de l'« administrateur-juge »). Il s'agit d'une conséquence directe du principe de la séparation des autorités administratives et judiciaires, issu de la loi des 16 et 24 août 1790 relative à l'organisation judiciaire. Ce principe – interdisant aux tribunaux judiciaires de connaître des litiges liés à l'Administration – a été par la suite réaffirmé par la loi du 16 fructidor an III (2 septembre 1795).

Cette situation évolue de manière encore imparfaite avec la proclamation de la Constitution de l'an VIII, qui crée le Conseil d'État. Seulement, doté à la fois d'une fonction administrative et contentieuse, si sa création met fin au système de l'« administrateur-juge », elle le remplace par une autre théorie : celle du « ministre-juge ». En réalité, la création du Conseil d'État ne fait que déplacer le problème, car si le contrôle juridictionnel de l'action administrative respecte le principe de séparation des autorités administratives et judiciaires, il continue de permettre à une autorité administrative de juger l'action de l'Administration. En outre, cette nouvelle répartition des compétences se heurte à un autre principe, cette fois constitutionnel : celui de la séparation des pouvoirs. Car si les ministres sont des administrateurs, ils sont également membres du gouvernement[1088].

Il faudra attendre la loi du 24 mai 1872, confirmée et parachevée par l'arrêt *Cadot* du Conseil d'État rendu en 1889[1089], pour que le Conseil d'État obtienne les fonctions dont il est toujours titulaire aujourd'hui et devienne le juge de droit commun des litiges administratifs. Si la loi de 1872 lui permet de devenir autonome vis-à-vis du pouvoir exécutif, passant ainsi d'une « justice retenue » à une « justice déléguée », elle n'enlève pas aux ministres leur compétence pour se prononcer sur un recours dirigé contre une décision administrative.

C'est donc avec l'arrêt *Cadot* que le Conseil d'État se reconnaît une compétence de droit commun pour connaître de tout recours en annulation dirigé contre une décision administrative en dehors des cas où un texte en dispose autrement de manière expresse, mettant fin à la théorie du ministre-juge.

La dernière évolution ayant permis d'entériner l'acquisition de cette indépendance organique de la juridiction administrative vis-à-vis de l'Administration date d'une décision rendue par le Conseil constitutionnel le 22 juillet 1980[1090] dans laquelle il consacre la valeur constitutionnelle du principe d'indépendance de la juridiction administrative (en le qualifiant de principe fondamental reconnu par les lois de la République). En effet, jusqu'alors cette dernière

[1088] Ce point est encore plus prégnant sous la Vème République où les ministres détiennent une fraction du pouvoir exécutif.
[1089] CE, 13 décembre 1889, *Cadot*, req. n° 66145.
[1090] Décision n° 80-119 DC du 22 juillet 1980 portant validation d'actes administratifs.

ne bénéficiait pas de statut constitutionnel et pouvait donc être remise en cause par le législateur, le principe de séparation des autorités administratives et judiciaires n'ayant qu'une valeur législative.

Cette valeur constitutionnelle de l'autonomie de la juridiction administrative a été par la suite confirmée par une décision du 28 juillet 1989[1091].

De la même manière, le Conseil constitutionnel a reconnu l'existence d'un champ de compétence propre à la juridiction administrative[1092]. Cette reconnaissance ne s'est cependant pas faite par le biais de la constitutionnalisation du principe de séparation des autorités administratives et judiciaires. Le Conseil constitutionnel se fonde sur la « conception française » de la séparation des pouvoirs afin de dégager un principe fondamental reconnu par les lois de la République, selon lequel « la juridiction administrative est seule compétente pour annuler ou réformer les décisions prises par les autorités administratives dans l'exercice des prérogatives de puissance publique »[1093]. Il est toutefois bon de remarquer que le législateur est habilité, sous certaines conditions, à déroger au principe de répartition des compétences établi par le Conseil constitutionnel. Ainsi, sous couvert de « l'intérêt d'une bonne administration de la justice », le législateur peut attribuer l'ensemble du contentieux relatif à une matière à l'un ou l'autre des deux ordres de juridiction.

Dès lors que nous avons connaissance de l'évolution de la relation entre l'administrative active et le juge administratif, il apparaît difficile de considérer qu'il serait envisageable de juridictionnaliser encore davantage l'action administrative, sans prendre le risque de voir resurgir les fantômes du passé. Il est d'ailleurs probable qu'une juridictionnalisation accrue de l'action administrative se traduirait aujourd'hui non pas par un retour à la théorie de l'« administrateur-juge » mais plutôt par la naissance d'une nouvelle doctrine du « juge-administrateur ».

2) L'hypothèse d'une juridictionnalisation accrue difficilement envisageable

Pour que la décision préalable puisse valablement disparaître, et par conséquent la décision implicite, il serait nécessaire d'admettre que le juge administratif ait le pouvoir de se substituer à l'Administration en cas de défaillance de celle-ci. Ainsi, même en cas de déni d'Administration, l'administré pourrait tout de même saisir le juge et obtenir une décision et l'obtention d'une décision ne serait plus une condition nécessaire à la saisine du juge puisque

[1091] Décision n° 89-261 DC du 28 juillet 1989 sur la loi relative aux conditions de séjour et d'entrée des étrangers en France.
[1092] Décision n° 86-224 DC du 23 janvier 1987 relative à la loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence.
[1093] Voir : *Fiches d'orientation - Séparation des autorités administratives et judiciaires*, Dalloz, septembre 2019, point 1 et suivants.

c'est le juge administratif lui-même qui, se substituant à l'Administration, la ferait naître. La condition nécessaire à la saisine ne serait alors plus l'obtention d'une décision préalable, mais celle d'une demande (elle-même soumise à des conditions de forme et de fond) préalable.

Cependant, il semble également que l'alternative visant à étendre encore les pouvoirs du juge administratif lorsqu'il contrôle l'action administrative, pour une juridictionnalisation accrue, se heurte non seulement au principe de séparation des pouvoirs, constitutionnellement garanti, mais également à une évolution entérinée par le temps.

Si Jean-Denis BREDIN a pu écrire à raison que « la fonction juridictionnelle – ou plutôt judiciaire – ne consiste plus à appliquer, à interpréter les lois. Il faut admettre qu'elle comprend un large pouvoir de dire le droit à nouveau »[1094], il n'en reste pas moins que cela pose un problème au regard de la théorie juridique. Le plus problématique demeure qu'une interprétation littérale de cette formule, qui paraît déjà difficilement acceptable du point de vue théorique, ne suffirait pas à compenser la disparition de la règle de la décision préalable. En effet, comme l'écrit Jean-Denis BREDIN, il s'agit d'admettre que le rôle du juge administratif peut être, par le biais de son pouvoir de réformation notamment, de « dire le droit à nouveau ». Or, pour dire le droit à nouveau, cela implique logiquement que le droit ait déjà été dit une première fois. Dans le cadre de notre étude, ce droit peut découler d'une décision implicite, découlant donc d'un silence de l'Administration.

Il demeure toutefois possible d'avancer l'argument selon lequel le juge administratif possède aujourd'hui un pouvoir d'injonction qui, couplé à l'astreinte, lui permet en théorie d'imposer un comportement particulier à l'Administration. En théorie donc, ces pouvoirs devraient suffire à empêcher le déni d'administration tout en compensant l'absence de décision préalable. Cependant, comme nous l'avons vu, aux États-Unis où une telle règle n'existe pas, le juge reste réticent à imposer de réelles obligations à l'Administration. Il est possible d'imaginer qu'en France, étant donné les principes juridiques que nous avons évoqués précédemment et la crainte de voir revenir des doctrines discutables sur le plan de l'impartialité, le juge administratif ne souhaite jamais franchir cette ligne.

Si l'hypothèse présentée semble difficilement soutenable que ce soit sur le plan de la théorie du droit, de l'histoire du droit administratif ou de la juridiction administrative, il serait selon nous regrettable de l'écarter d'office dans la mesure où si elle nécessite un encadrement strict, elle permet néanmoins de pallier les imperfections – notamment le caractère potentiellement aléatoire – du mécanisme de l'implicite sans forcément porter une atteinte majeure au rôle de filtre de la règle de la décision préalable. L'inconvénient rendant peu probable la mise en œuvre de cette solution se trouve être relatif à la problématique de la célérité : si cela ne

[1094] BREDIN (J.-D.), *Être juge demain*, textes réunis par Jean-Pierre ROYER, Presses universitaires de Lille, 1983.

changerait potentiellement rien aux délais dans les cas où la règle serait celle du silence-rejet (étant donné qu'il est possible d'imaginer que les délais seraient les mêmes et en tenant compte du fait que les destinataires d'une décision implicite de rejet la conteste au contentieux de manière quasi-systématique), il est également vrai de reconnaître que cela irait néanmoins à l'encontre de la dynamique impulsée par la réforme de 2013 vis-à-vis des décisions implicites d'acceptation. Cependant, comme nous l'avons déjà soutenu, dans une perspective juridique plus que politique, la tendance à la généralisation de la décision implicite d'acceptation tend à favoriser la célérité au détriment de la sécurité juridique et de la légalité, la démarche étant d'octroyer un droit de manière implicite dans des délais les plus courts possible, quitte à réparer les erreurs a posteriori. Nous ne saurions nous associer à une telle vision du droit. Les objectifs de célérité et de performance administrative ne devraient jamais porter ombrage à la qualité du droit, a fortiori dans un contexte de recherche de simplification.

3) Des perspectives d'évolution du rôle du juge administratif envisageables

Pour achever cette réflexion, il apparaît pertinent de s'intéresser au rôle concret du juge, notamment administratif, dans notre système. Dans sa thèse sur le rôle des juges dans le contrôle de l'activité administrative[1095], Yoan SANCHEZ définit ce rôle comme étant fondé, sans surprise, sur un principe supérieur : le principe de légalité. Comme il le souligne, il est commun de considérer que le recours pour excès de pouvoir est un recours en légalité. Pour cette raison, « *dire des juges qu'ils sont les garants de la légalité, c'est leur assigner un rôle précis* »[1096]. Ce rôle ainsi défini entraîne plusieurs conséquences, non seulement cela signifie que le juge administratif doit veiller au respect de la volonté du législateur par l'Administration, mais plus encore, sa mission « *apparaît comme un point d'équilibre entre les pouvoirs* »[1097]. Pour ces raisons, l'hypothèse d'un juge administratif qui accepterait de se substituer à l'Administration, même ponctuellement, paraît manquer de crédibilité. De trop nombreux principes viennent enserrer et contraindre l'évolution de la juridiction administrative, trop pour qu'elle puisse s'en émanciper si facilement.

Cependant, l'autre point pouvant retenir l'attention réside dans le fait que le principe de légalité, s'il constitue un outil de légitimation de l'ordre juridictionnel administratif, il est aussi – et nous pourrions dire surtout – la limite au pouvoir de contrôle du juge. L'office du juge administratif est en effet légitimé et encadré par le principe de légalité. Selon les mots de Yoan SANCHEZ, « *le rôle des juges revient alors à définir la compétence des autorités pu-*

[1095] SANCHEZ (Y.), *Le rôle des juges dans le contrôle de l'activité administrative. Étude comparée du recours pour excès de pouvoir et de la judicial review*, thèse Orléans, 2017, 1133 p.
[1096] *Ibid.*, p. 295.
[1097] *Ibid.*

bliques, sans empiéter dessus. Au-delà, ces derniers iraient contre la loi et feraient acte d'administration. En opérant ainsi, les juges définissent également, pour eux-mêmes, ce qu'ils peuvent faire ou ne pas faire »[1098].

Le problème que nous voyons dans cette manière de définir le rôle du juge administratif est qu'elle n'offre pas de perspectives théoriques d'évolution de ce rôle, ou en tout cas très restreintes[1099], dans la mesure où elle se focalise sur une notion d'équilibre fictive (car cet équilibre n'est pas respecté dans la pratique) et freine donc l'évolution du rôle du juge administratif.

Si ce constat n'est pas problématique en lui-même, c'est donc sa superposition à la pratique qui le devient. En effet, si dans la théorie il est admis que le juge administratif ne peut se faire administrateur, dans la pratique de nombreux exemples viennent relativiser cette affirmation. Si l'on considère en effet que les pouvoirs étendus dont dispose le juge administratif pour réformer les décisions de l'Administration (a fortiori dans le cadre du recours pour excès de pouvoir) sont légitimés par son rôle de garant de la légalité de l'action administrative et qu'à ce titre en faisant usage de ces pouvoirs, il n'administre pas mais continue de juger, alors il est possible de considérer que l'hypothèse d'une substitution du juge administratif à l'Administration dans certains cas pourrait constituer une interprétation extrême de ce rôle : si l'Administration refuse de se plier à la loi et que les pouvoirs traditionnels du juge ne suffisent pas à garantir le respect de la légalité, alors cette substitution ne contreviendrait pas au principe de séparation des pouvoirs, ni même à celui de la séparation des autorités administratives et judiciaires, pas plus qu'il ne se heurterait au devoir d'impartialité auquel doivent répondre les magistrats. Le juge administratif ne ferait, dans cette hypothèse, qu'un avec l'Administration afin que la légalité soit respectée.

Si nous avons conscience que ce raisonnement est sans doute extrême, il permet néanmoins de soulever la question de savoir si le principe de légalité est réellement une limite intrinsèque à l'office du juge, ou s'il représente une limite artificielle ? À partir du moment où il est admis que c'est la légalité qui constitue la légitimation du rôle du juge administratif, alors il est également admis que sa mission ne cesse que lorsque l'illégalité n'existe plus. De ce point de vue, le respect du principe de légalité constitue bel et bien une limite au *rôle* du juge administratif, mais pas à l'étendue de son *pouvoir*. Tant que le comportement ou l'acte illégal existe, la seule limite qui puisse s'appliquer au juge administratif est la Constitution.

[1098] *Ibid.*

[1099] Il apparaît utile de préciser que le Conseil d'État s'autorise, de manière officieuse, à excéder le strict contrôle de légalité pour s'engager dans le contrôle d'opportunité. Tout comme il ne cesse de se redéfinir lui-même, notamment en étendant son office. Cette asymétrie entre théorie et pratique est problématique car elle freine les évolutions.

Finalement, le célèbre adage « Juger l'administration c'est encore administrer » que l'on doit à HENRION DE PANSEY[1100] ne resterait-il pas pertinent encore aujourd'hui ? C'est ce que peut laisser penser par exemple le développement du pouvoir d'injonction en cas d'annulation d'un refus, qui tend à confirmer l'adage.

Ces premiers mots d'un discours dont l'objectif était de plaider en la faveur d'un dualisme juridictionnel à une époque où l'Administration était son propre juge semblent résonner aujourd'hui, quoiqu'avec un son différent. Si l'on fait l'effort de s'extraire des cadres de réflexion contemporains relatifs à l'office du juge administratif et à la limite de ses pouvoirs, il pourrait même sembler que cette citation perd toute connotation négative et pourrait ouvrir la voie à de nouvelles réflexions vers une simplification du droit public.

Une autre limite du principe de légalité réside sans doute dans ce qu'elle interdit de fait au juge de l'excès de pouvoir de se prononcer sur l'opportunité d'une décision administrative. Si d'ordinaire ce constat ne pose aucune difficulté, ni théorique ni pratique, il en va différemment en ce qui concerne la décision implicite. En effet, cela pose problème dans la mesure où cette interdiction puise sa source dans le fait que l'Administration dispose d'un pouvoir discrétionnaire, dont le degré varie en fonction de la marge de manœuvre octroyée par le législateur. Pourtant dans le cadre de la décision implicite, la question de ce caractère discrétionnaire se pose dans la mesure où comme nous l'avons vu, il est possible de considérer qu'il n'existe pas de manière formelle étant donné que, tant le moment que le sens de la décision lui sont imposés dans ce cas. Il est donc possible de dire que la décision implicite lie l'Administration et que de ce fait, elle perd le pouvoir discrétionnaire dont elle aurait potentiellement disposé si la décision avait été rendue de manière explicite.

Par définition en effet, la décision implicite est étrangère à la notion de pouvoir discrétionnaire. Si l'on se réfère par exemple à la définition donnée par Roger BONNARD, « *la décision doit être telle qu'elle s'adapte aux éléments d'où elle procède. Si donc plusieurs décisions sont possibles, il faudra apprécier quelle est celle qui convient d'après les motifs. C'est là ce qu'on appelle spécialement l'opportunité d'une décision, ou d'une abstention, leur bien fondé. Une décision ou une abstention sont opportunes lorsque, les motifs ayant été exactement appréciés, elles cadrent avec ces motifs* »[1101]. Dès lors que l'on applique cette définition à la décision implicite, force est de constater que cette dernière ne rentre pas dans le cadre. La décision implicite ne procède en effet d'aucun élément de fait, sinon d'une abstention[1102] de la

[1100] HENRION DE PANSEY, *De l'autorité judiciaire en France*, Barrois, 1827.
[1101] BONNARD (R.), *Le pouvoir discrétionnaire des autorités administratives et le recours pour excès de pouvoir*, RDP 1923, pp. 363-392, pp. 370-371, cité par Yoan SANCHEZ in *Le rôle des juges dans le contrôle de l'activité administrative. Etude comparée du recours pour excès de pouvoir et de la judicial review*, thèse Orléans, 2017, p. 324.
[1102] Nous avons pu évoquer l'idée selon laquelle le terme d'abstention pour désigner le silence n'était pas nécessairement adapté d'un point de vue théorique (voir introduction), néanmoins parce qu'il s'agit de l'opinion la plus communément admise et pas souci de commodité, nous y recourons ici.

part de l'Administration (du moins si l'on part de l'hypothèse qu'elle est le fruit d'un dysfonctionnement et non pas d'un acte de volonté). En outre, dans le cas d'une décision implicite, l'abstention génère précisément ladite décision. De ce fait, l'opportunité de cette abstention importe finalement peu, voire pas du tout puisqu'une décision est née. Le problème réside donc dans le fait que cette décision née d'un silence ne procède d'aucun motif étant donné que c'est la loi qui impose non seulement le délai mais également le sens de la décision. En d'autres termes, le choix – s'il existait quand l'Administration avait encore la possibilité de rendre une décision expresse – disparaît lorsque la décision est implicite, ce qui pose question selon nous quant à la portée d'un tel acte automatique, a fortiori lorsqu'il est soumis à la règle du silence-acceptation.

Le lien entre l'opportunité d'une décision administrative et le pouvoir discrétionnaire, écrit Yoan SANCHEZ, réside dans le fait que « *l'opportunité porte sur les motifs et le contenu de la décision, ainsi que sur le rapport du second aux premiers. L'opportunité est ainsi liée avec le pouvoir discrétionnaire* »[1103].

Selon HAURIOU dans sa note sur l'arrêt *Grazietti*[1104], le pouvoir discrétionnaire et la capacité de l'administration à apprécier l'opportunité d'une décision sont liés. Il écrit : « *ce pouvoir est discrétionnaire, parce que le juge administratif n'est pas juge de l'opportunité ; l'appréciation de l'opportunité est laissée entièrement à l'administration active ; elle constitue son domaine réservé* ». Pierre DELVOLVÉ ajoute que « *les deux mots seraient [...] incompatibles : le contrôle se référant à une norme, et l'opportunité étant hors norme, il ne pourrait y avoir contrôle de l'opportunité ; ou encore, s'il y a contrôle, c'est qu'il ne concerne pas l'opportunité* »[1105].

De ce fait, il est possible de se demander : dans le cas de la décision implicite, qu'en est-il de ce domaine réservé à l'Administration active ? Car a priori, il semble logique de considérer que le fait de laisser à l'Administration active l'appréciation de l'opportunité d'une décision fait partie intégrante de son pouvoir de décision (même si cette liberté est variable, encadrée par les textes), ce qui plaide à nouveau en faveur de l'opinion que nous avons déjà développée selon laquelle la décision implicite dessaisit l'Administration de son pouvoir. En effet, si l'on considère que dans certains cas l'appréciation de l'opportunité est nécessaire à la

[1103] SANCHEZ (Y.), *Le rôle des juges dans le contrôle de l'activité administrative. Etude comparée du recours pour excès de pouvoir et de la judicial review*, thèse Orléans, 2017, p. 325.
[1104] CE, 31 janvier 1902, *Grazietti*, rec. 55, *S*. 1903, note M. HAURIOU, p.113.
[1105] DELVOLVÉ (P.), *Existe-t-il un contrôle de l'opportunité ?*, in *Conseil constitutionnel et Conseil d'État*, pp. 269-312, spéc. p. 271, LGDJ, 1988, cité par Yoan SANCHEZ in *Le rôle des juges dans le contrôle de l'activité administrative. Etude comparée du recours pour excès de pouvoir et de la judicial review*, thèse Orléans, 2017, p. 325.

naissance de la décision, alors le fait – dans le cas d'une décision implicite – que cette appréciation vienne à manquer entraîne le constat d'un rapport asymétrique entre pouvoir discrétionnaire et opportunité de la décision. En d'autres termes, en suivant cette logique une décision implicite, quel que soit son sens, ne peut jamais être le fruit d'un pouvoir discrétionnaire[1106]. Même si l'on considère que cela peut être le cas lorsque le silence est sciemment maintenu, l'appréciation de l'opportunité s'avère extrêmement difficile à démontrer, la motivation d'une décision implicite n'étant pas – par la force des choses – une condition de validité de celle-ci.

Le point de vue de Lino DI QUAL, allant dans le sens de la doctrine classique dont nous venons d'évoquer quelques opinions, est également intéressant dans la mesure où il permet de démontrer par raisonnement a contrario que la décision implicite ne possède bel et bien pas la même portée, en tant qu'acte juridique, qu'une décision expresse. L'auteur relève que « *le juge reconnaît à l'Administration du pouvoir discrétionnaire (C'est là une vérité d'évidence)* »[1107].

Ainsi, « *l'opportunité est donc ce qui constitue le cœur du pouvoir discrétionnaire : la liberté de l'administration soustraite au contrôle du juge* »[1108]. Il apparaît alors de manière plus ou moins automatique que si cette liberté n'existe plus, comme c'est potentiellement le cas avec la décision implicite, alors le pouvoir discrétionnaire disparaît également. Dans cette hypothèse, même si l'auteur de la décision reste l'Administration, en réalité n'est-ce pas la norme – en l'occurrence la loi – qui « décide » ? Le juge administratif pourrait alors parfaitement étendre ses pouvoirs de contrôle des décisions administratives implicites sans risquer de briser un quelconque équilibre. La légalité étant l'outil permettant au juge administratif de contrôler le respect de la norme, il pourrait envisager une conception plus large de son rôle. La décision implicite étant aujourd'hui majoritairement le fruit d'une norme juridique (l'article L. 231-1 du Code des relations entre le public et l'administration plus précisément), il ne nous paraît pas impensable d'autoriser le juge administratif à faire une interprétation extensive de cette norme afin de créer une nouvelle décision, sans se faire administrateur pour autant.

Il semble pertinent de souligner que certains auteurs vont néanmoins jusqu'à affirmer que l'opportunité est devenue une condition de la légalité[1109].

Dans tous les cas, il semble possible d'admettre qu'en ce qui concerne la décision implicite, la question n'est pas tant que le juge est habilité ou non à contrôler l'opportunité de la

[1106] Sauf si l'on considère que le pouvoir discrétionnaire se situe alors dans le choix du recours à la décision expresse (qui sera motivée en opportunité) ou à la décision implicite. Le problème de cette hypothèse est qu'elle n'est jamais vérifiable car il s'agit de la volonté de l'Administration.
[1107] DI QUAL (L.), *La compétence liée*, thèse Paris, LGDJ, 1964, 626 pages, spéc. p. 183.
[1108] DI QUAL (L.), *La compétence liée*, thèse Paris, LGDJ, 1964, 626 pages, spéc. p. 122.
[1109] Voir : WALINE (M.), *Le pouvoir discrétionnaire de l'administration et sa limitation par le contrôle juridictionnel*, RDP 1930, pp. 197-223 ; *Étendue et limites du contrôle du juge administratif sur les actes de l'administration*, EDCE 1956, pp. 25-33 ; DUBISSON (M.), *La distinction entre la légalité et l'opportunité dans la théorie du recours pour excès de pouvoir*, thèse Paris, LGDJ, 1958, 281 p.

décision, c'est davantage que le pouvoir discrétionnaire n'existe pas. Le juge administratif est donc confronté à une impossibilité à la fois théorique et matérielle de pouvoir se prononcer sur l'opportunité de la décision qui est déférée à son jugement. Cela apparaît problématique dans certains cas où la décision expresse qui aurait pu exister en lieu et place de la décision implicite aurait dû procéder de cet arbitrage discrétionnaire. Dans ces cas-là en effet, le rôle du juge administratif ne devrait pas être le même que lorsqu'il s'agit d'une décision expresse. Les notions qu'il mobilise pour effectuer son contrôle n'étant pas les mêmes[1110], l'étendue de ses pouvoirs devraient également différer.

[1110] Sur cette idée, voir : MESMIN D'ESTIENNE (J.), *Le refus du contrôle d'opportunité : un mythe à déconstruire*, RFDA 2016, pp. 545-555, spéc. p. 549.

Section 2. Le silence-acceptation, une évolution nécessitant encore d'importants aménagements

Si nous avons pu démontrer dans la section qui précède que la dynamique visant à généraliser la décision implicite d'acceptation semble être aujourd'hui celle qui convient le mieux à l'évolution du droit, notamment public, ce principe reste encore trop fragile juridiquement et n'apporte pas suffisamment de garanties, au regard notamment des principes de légalité et de sécurité juridique, ce que nous avons déjà pu évoquer dans un chapitre précédent[1111]. Il apparaît alors nécessaire de réfléchir aux différentes pistes à explorer afin de pouvoir combler les lacunes de ce dispositif, a fortiori lorsque l'objectif final est de le généraliser. Pour ce faire, il convient de s'intéresser au mécanisme même de l'implicite et de réfléchir à la manière de le penser différemment (**§1**) avant de se focaliser sur la problématique du silence-acceptation (**§2**).

§1. La nécessité de repenser le mécanisme de la décision implicite

Avant de s'attacher à étudier la question de l'encadrement du sens positif du silence de l'Administration de manière spécifique, il apparaît intéressant en premier lieu de prendre un peu de recul sur la fiction de la décision implicite afin d'en relever les limites intrinsèques avant, en second lieu, de se focaliser véritablement sur le silence positif. Cela permet de ne pas faire l'amalgame entre les défauts (ou lacunes) propres au sens positif du silence administratif (et à sa généralisation) et ceux inhérents à la fiction juridique de l'implicite en tant que concept.

L'un des principaux freins de la fiction juridique du silence en droit public réside dans la perception négative qu'en ont les principaux acteurs. Afin d'assurer la pérennité de cette fiction et surtout de permettre sa généralisation, il est nécessaire de modifier cette perception (**A**). Il semble également fondamental de chercher aujourd'hui à donner une identité propre à la décision implicite, c'est-à-dire de chercher à la distinguer de manière bien plus précise de la décision implicite de rejet. En effet, si l'objectif est de faire du silence juridique un outil de modernisation de l'administration active, il devient alors nécessaire de le sortir de ce rôle de simple pendant positif du silence-rejet (**B**).

[1111] Voir *supra*, p. 108 et s.

A. Une évolution de la perception de la décision implicite indispensable à sa pérennité

Il n'est pas simplement nécessaire d'encadrer le mécanisme de l'implicite, a fortiori lorsque celui-ci possède un sens positif, mais il faut encore chercher à le repenser. Parvenir à entériner d'une part le fait qu'il ne s'agit pas du même mécanisme que le mode de décision exprès, d'autre part que le silence-acceptation est différent du silence-rejet, pour toutes les raisons que nous avons pu évoquer au cours de ce travail, apparaît comme une nécessité afin que la dynamique actuelle de généralisation du silence-acceptation puisse se réaliser pleinement – sans pour autant aboutir à une disparition du silence-rejet.

En effet, la principale distinction entre les deux faces de cette médaille qu'est la décision implicite devrait en théorie résider dans sa perception en tant que sanction ou non. Le fait est qu'à l'heure actuelle, silences positif et négatif sont tous deux perçus comme le fruit d'un dysfonctionnement administratif, auquel un sens est attribué. Or, nous avons vu que les conceptions fondant chacun des deux sens du silence de l'Administration sont diamétralement opposées. C'est la raison pour laquelle nous pensons qu'il est primordial que cette distinction soit reconnue par la doctrine ainsi que par le législateur : tant que le silence administratif sera perçu tant par les administrés que les agents comme une défaillance, le silence-acceptation ne saurait tenir le rôle que les récentes réformes semblent vouloir lui attribuer.

Une sanction, ou en tout cas un acte connoté de manière négative, ne pourra jamais devenir un outil de modernisation de l'administration active ni un facteur d'accroissement de la célérité de celle-ci, car dire qu'une défaillance peut être génératrice d'effets positifs et bénéfiques est contradictoire et n'est de ce fait pas acceptable. Le problème étant que du point de vue de l'Administration la décision implicite d'acceptation est une sanction, au même titre que la décision implicite de rejet, pour la simple raison que l'implicite en tant que fiction juridique est née comme telle. Le fait que le sens de cette fiction soit positif ou négatif ne change rien pour l'Administration qui est dessaisie de son pouvoir de décision dans tous les cas, du fait d'avoir trop tardé à répondre.

En outre, comme on a pu le voir le mécanisme de la décision implicite est apparu en France d'abord sous la forme d'un silence-rejet, avant que la possibilité que le même silence puisse constituer une acceptation n'émerge et ne tende aujourd'hui à se généraliser. La nécessité ayant causé l'émergence de la décision implicite découle elle-même d'un autre fait dont il semble que l'on ne tienne plus compte aujourd'hui dans l'évolution de la décision implicite : la perception du rôle de l'Administration. Si la décision implicite est née sous la forme d'un silence-rejet, c'est donc par nécessité de lier le contentieux dans l'hypothèse dans laquelle l'Administration refuse de répondre à la demande d'un administré. Cependant, pourquoi est-il

nécessaire d'en passer par là pour pouvoir, justement, lier le contentieux ? Nous avons évoqué la relation entre Administration et juge administratif, la règle de la décision préalable et le recours pour excès de pouvoir, toutefois, tous ces facteurs objectifs découlent eux-mêmes d'un autre facteur, plus aléatoire : la conception du *devoir* pesant sur l'Administration. En effet, « *en l'absence de texte législatif exprès, la source de ce devoir et de ce droit* [pour l'administré] *résidait dans les principes immanents de justice selon lesquels s'il est prévu un droit à recourir, l'effectivité de ce droit implique précisément le devoir de l'administration d'y répondre* »[1112].

Si aujourd'hui, cette logique est toujours applicable, il reste néanmoins que la relation Administration/administré a largement évolué, emportant avec elle d'autres évolutions, notamment celle de la décision implicite.

S'il est toujours possible de soutenir aujourd'hui que ce devoir[1113] de répondre pèse sur l'Administration, il n'est en revanche pas possible d'en faire la justification de la généralisation du sens positif du silence. Gaston JÈZE écrivait d'ailleurs à ce propos que « *la règle du silence valant rejet est une règle fondée sur la logique, car elle est la solution la plus appropriée aux rapports entre l'administration et les citoyens* »[1114]. Et quoique les rapports entre Administration et administrés aient pu évoluer, cette logique est selon nous toujours valable aujourd'hui : si le pendant du devoir de répondre de l'Administration est le droit au recours effectif, il n'est en revanche aucunement le droit à l'octroi tacite d'un droit.

La décision implicite d'acceptation est porteuse de valeurs diamétralement opposées à celles qui justifient l'existence du silence-rejet, il est donc nécessaire selon nous de chercher à fonder ce sens positif du silence sur des valeurs théoriques qui lui sont propres, en faisant parfois fi des cadres traditionnels de notre droit administratif.

Symbole du mouvement de subjectivisation du droit, la décision implicite d'acceptation devrait être davantage fondée sur l'impact positif qu'elle est susceptible d'entraîner sur la relation Administration/administrés dans la mesure où c'est sans doute l'un de ses principaux points forts. D'ailleurs, il est curieux de constater que la réforme de la décision implicite de 2013 n'explique jamais son intérêt ni ce qui la motive, point sur lequel nous reviendrons dans la dernière sous-partie.

Néanmoins, le principal reproche qui peut être formulé à l'encontre de la décision implicite est qu'elle est assimilée – dans notre système – soit à une sanction, soit au fruit d'une

[1112] PATRITO (P.), *Les décisions implicites de l'administration : une comparaison entre la France et l'Italie*, RFDA 2020, p. 538.
[1113] Notons que nous ne parlons pas d'obligation mais bien de devoir, l'obligation découlant nécessairement d'une norme, ce qui n'est pas le cas de l'obligation d'agir de l'Administration, qui n'existe dès lors pas.
[1114] JÈZE (G.), *Essai d'une théorie générale de l'abstention en droit public*, RDP 1905, p. 776.

défaillance, mais jamais elle n'est perçue de manière positive, sauf dans le domaine de l'urbanisme où la décision implicite d'acceptation est neutre puisqu'il s'agit d'une procédure normale. Afin de généraliser cette perception aux autres domaines du droit dans lesquels existe la décision implicite, notamment d'acceptation, il faudrait qu'il existe une garantie que cette décision, quoique le fruit d'un silence, soit surtout la conséquence d'une étude de la demande, ce qui serait antinomique de la raison d'être de la décision implicite… Pourtant sans cette garantie, la décision implicite ne peut être assimilée qu'à une défaillance.

Il n'existe a priori pas de moyen pleinement satisfaisant d'apporter cette preuve. Si la demande de transmission de la motivation est censée remplir ce rôle, nous voyons cependant dans le fait qu'il s'agit d'une procédure en deux temps un obstacle difficilement surmontable dans la mesure où il vaudrait alors mieux recourir à la décision expresse. Ce cercle vicieux paraît alors confirmer l'idée selon laquelle la décision implicite, quel que soit son sens, ne peut pas permettre de remplacer – même en partie – le mode exprès. Il semble dès lors que la généralisation de la décision implicite d'acceptation passe nécessairement par une fragilisation de certains principes, au premier rang desquels figure la sécurité juridique.

De manière très pragmatique, il existe une limite à la généralisation de la décision implicite quel que soit le sens qu'on souhaite lui donner, même si le sens positif du silence s'y heurte de manière encore plus évidente. Cet obstacle a été évoqué dans un article de 1968 par Charles DEBBASCH et réside dans le constat qu'une certaine lenteur est inhérente à l'action administrative[1115]. En effet, la justification fondant la réforme de 2013 et le développement des procédures de décisions implicites se trouvent être la recherche constante d'amélioration de la performance de l'action administration. Or, la performance est perçue essentiellement dans l'Administration – que ce soit par les agents ou les administrés – comme étant presque exclusivement liée à un facteur de célérité : plus la décision est rendue rapidement, plus l'administré est satisfait et plus l'Administration est considérée comme étant performante.

Le problème dans cette conception de la performance est qu'elle vise sans cesse l'exacerbation de la réactivité de l'Administration, et ne se focalise sur presque rien d'autre – en témoigne la politique de simplification entamée par François HOLLANDE.

Le cœur du problème réside dans le fait que si l'implicite permet de gagner du temps sur les formalités (quand elles ne sont pas malgré tout rendues obligatoires…) et, par définition, sur le fond (à savoir l'examen de la demande), il s'agit là de ses seuls mérites du point de vue de l'amélioration de la célérité. Et s'ils ne sont pas négligeables, le fait d'inverser le sens général du silence ne permet pas de gagner davantage de temps. Ou plus exactement pas en ce

[1115] DEBBASCH (Ch.), *Les modes non formels d'expression de la volonté de l'administration*, Rev. adm. 1968, p. 556.

qui concerne l'Administration, car l'administré, lui, en gagne puisqu'un droit naît au lieu d'un rejet, qui l'obligerait le cas échéant à contester la décision lui faisant grief devant le juge.

Sauf que ce gain de temps pour l'administré n'en est pas un pour l'Administration (par rapport au silence-rejet) et que, dans un cas comme dans l'autre, le gain de temps que permet l'implicite – au-delà de celui lié à l'absence de formalisme – est une conséquence directe de la perte de maîtrise de l'opportunité de la décision par l'Administration. C'est essentiellement en cela que la généralisation du silence-acceptation nous paraît dangereuse : elle dénature le rôle théorique de l'Administration en lui ôtant le contrôle de l'opportunité de la décision qu'elle rend de manière implicite. Ce qui est dérangeant lorsqu'il s'agit du silence-rejet, mais devient grave quand le silence vaut acceptation. En outre, si l'implicite était juridiquement considéré comme une sanction du silence, cette aliénation pourrait trouver une justification légitime, mais comme nous l'avons démontré, ce n'est pas le cas.

Par conséquent, l'officialisation juridique du statut de sanction de l'Administration de la décision implicite, à défaut de permettre d'en faire un outil d'amélioration de la célérité de l'action administrative, aurait au moins le mérite de permettre de rationaliser le mécanisme en faisant coïncider la théorie et la réalité, ouvrant ainsi la voie à d'autres réformes de simplification, réelles cette fois. Sinon il est nécessaire de changer par la pratique la vision que l'Administration peut avoir du recours à la décision implicite.

Si cette hypothèse paraît peu cohérente avec la recherche d'une conception positive de l'action administrative, elle permettrait au moins d'uniformiser la perception que les administrations ont de la décision implicite ; un statut de sanction ne laisse pas la place aux interprétations et constitue une base sur laquelle faire évoluer le mécanisme.

B. Une distinction entre décision implicite de rejet et d'acceptation à accentuer

Nous avons pu le souligner, l'une des erreurs majeures dans l'analyse qui est faite de la décision implicite par la doctrine française (et même par le législateur) selon nous, se trouve être la confusion de la portée de chacune des deux décisions implicites. Car si le dispositif de l'implicite fonctionne de la même manière mécaniquement (un silence de l'Administration maintenu pendant un certain temps fait naître une décision fictive) pour un sens ou pour l'autre, les effets qu'ils entraînent et le but qu'ils recherchent les distinguent fondamentalement. Le silence-rejet permet de lier le contentieux et, éventuellement, d'accélérer une procédure donnée du fait de l'absence de formalisme, mais uniquement sous réserve que l'Administration réponde de manière expresse dans un délai majoritairement supérieur à celui prévu par la loi pour faire naître la décision implicite correspondante. À l'inverse, le silence-acceptation est un outil presque entièrement dédié à l'amélioration de la célérité de l'Administration active dans la mesure où s'il ne permet pas de lier le contentieux, ou alors de manière très indirecte lorsqu'un

tiers est lésé par la décision en question, il permet à son destinataire de bénéficier d'un droit en évitant de passer par l'éventuelle case contentieuse, ce qui n'est pas négligeable en pratique.

Ce problème découle plus largement d'un fait que nous avons déjà brièvement évoqué : l'absence de comparaison possible entre le silence-rejet et celui du silence-acceptation, pourtant fruits de la même fiction juridique. Les deux mécanismes possédant des raisons d'être, des buts différents, il est difficile voire impossible de considérer qu'ils puissent être remplacés l'un par l'autre. C'est là l'un des principaux écueils auquel se heurte la réforme de 2013, la rendant selon nous difficilement viable sur le long terme, en tout cas en l'état. À partir de l'instant où la logique sur laquelle est basée la réforme nous paraît être erronée, les nouveaux jalons qu'elle pose paraissent automatiquement fragilisés.

Lorsque l'on adopte un mode de raisonnement binaire, comme c'est souvent le cas, il paraît aisé et logique d'admettre le passage d'un principe juridique attribuant au silence de l'Administration un sens de rejet à celui d'un principe lui attribuant un sens d'acceptation. De la même manière que chacun sait qu'une pièce de monnaie officiellement frappée possède un côté pile et un côté face, les divers travaux concernant la décision implicite estiment volontiers que le dispositif possède un sens positif et un sens négatif dont la portée est similaire, et qu'ils sont donc intervertibles (comme le montre la réforme de 2013). C'est du moins la manière dont nous l'interprétons, faute de justification. Or, nous l'avons déjà démontré, ce n'est pas le cas ; si le mécanisme de l'implicite peut en effet posséder plusieurs sens, a fortiori deux en France, l'un n'entraîne pas les mêmes conséquences que l'autre, que ce soit au niveau de leur rôle en tant que fiction juridique, que des conséquences qu'ils entraînent sur l'ordonnancement juridique.

L'une des distinctions majeures – sinon *la* distinction – qu'il nous paraît nécessaire d'effectuer entre les deux sens de la décision implicite, et qui justifie selon nous de devoir abandonner l'idée selon laquelle le rejet est le sens opposé à l'acceptation en droit, est celle qui existe entre la décision et le ou les droit(s) qui en découle(nt). Si fondamentalement, un « oui » est le contraire d'un « non », la traduction de cette distinction en droit n'entraîne pas les mêmes conséquences que dans la vie courante, a fortiori lorsqu'on ajoute la fiction juridique de l'implicite dans l'équation. Dans les deux cas, un « oui » venant autoriser une demande entraîne une modification de la situation de celui ou celle à l'origine de la demande puisqu'il dispose d'un droit nouveau ; potentiellement, cette validation entraîne également la modification de la

situation des tiers. Car une liberté, un droit acquis d'un côté peut tout à fait signifier une privation de l'autre comme le rappelle – entendu a contrario – le célèbre aphorisme : « La liberté des uns s'arrête où commence celle des autres »[1116].
Le « non » en revanche, dans les deux cas encore une fois, fige le requérant dans sa situation. Rien ne change, aucun droit ne naît.

Nous avons donc ici un point de distinction fondamental selon nous : une décision d'acceptation fait naître un droit, une décision de rejet ne fait pas naître de droit. Si cela semble évident, il est étrange de constater que ni le législateur, ni la doctrine ne donnent de justification quant à l'inversion qui a été opérée en 2013. Les conséquences ne paraissent pourtant pas suffisamment anodines pour pouvoir se passer d'une telle explicitation.

Cette différence est importante dans la mesure où pour autant, la décision de rejet n'est pas synonyme de la négation d'un droit, simplement de la *mise en attente* de ce dernier. En effet, lorsque l'Administration rend une décision rejetant la demande d'un administré, elle lui refuse l'octroi d'un droit, certes, mais elle lui en donne un autre : celui de se pourvoir devant le juge administratif, qui pourra le cas échéant remettre en question le refus initial de l'Administration. Dans certains cas donc, un droit pourra tout à fait découler d'une décision initialement négative, par l'effet du contrôle du juge administratif.
Bien entendu, la décision de rejet initiale demeure juridiquement une décision de rejet et n'octroie aucun droit, même après une décision de justice remettant en question sa légalité. Simplement, la nouvelle décision prise le cas échéant – concernant la même situation que celle ayant fait l'objet de la première décision – sera positive et octroiera un droit. C'est la raison pour laquelle, de façon purement théorique, il est possible de considérer qu'une décision de rejet n'est pas une décision de rejet *définitif*, elle peut encore être remise en question et donner lieu à une décision d'acceptation.

De ce point de vue, l'intérêt du sens négatif de la décision implicite est donc de pouvoir permettre au juge de contrôler la légalité de l'octroi d'un droit, car s'il annule la décision de rejet, il admet potentiellement (tout dépend du motif de l'annulation) que le requérant aurait dû voir l'acquisition de son droit validée par l'Administration.

[1116] Quoique l'origine exacte de cette citation soit aujourd'hui inconnue, il est possible d'imaginer qu'elle s'inspire de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789 qui dispose que : « *La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui : ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la loi* ». Cette pensée a été notamment reprise par John Stuart MILL (« *La liberté de l'individu doit être ainsi bornée : il ne doit pas se rendre nuisible aux autres* », in *De la liberté*, 3ème éd., Guillaumin, 1877, p. 100).

La décision implicite de rejet ne remet donc pas en cause la subjectivisation du droit public selon nous, mais elle l'encadre. En prenant du recul, ce constat paraît éminemment logique : le mécanisme de la décision implicite n'a pas été pensé comme un outil dont l'usage par l'Administration serait conscient mais comme un moyen de protection juridique au bénéfice de l'administré ; dans la décision implicite, ce n'est pas tant la « décision » en elle-même qui est importante que le fait qu'il est donné un sens à l'implicite, donc au silence. Car une décision, qu'elle soit le fruit d'une fiction juridique ou qu'elle soit expresse, entraîne les mêmes conséquences. En revanche, l'implicite signifie dans l'immense majorité des cas que la demande n'a pas été traitée dans les temps, il paraît donc légitime de penser que le sens général à donner au silence de l'Administration devrait être celui du rejet.

La décision d'acceptation en revanche – surtout quand elle est implicite – est bien plus unidimensionnelle ; elle octroie un droit. L'on pourrait arguer qu'il est possible de contester une décision d'acceptation dans la mesure où elle peut faire grief à un tiers, néanmoins, non seulement – nous l'avons vu – l'implicite nuance très largement cet argument dans la mesure où il est bien souvent difficile pour un tiers d'être informé d'une telle décision (à moins d'être au courant en amont de la demande d'un administré), ou en tout état de cause d'en être informé suffisamment rapidement pour pouvoir réagir à temps. En outre, si l'on prend l'exemple de l'urbanisme, domaine pour lequel tant la publicité de la décision implicite d'acceptation que le droit en découlant ont une visibilité physique, permettant donc de supposer avec davantage de certitude que les tiers s'en trouveraient effectivement informés, il reste que la plupart du temps, cela ne change pas grand-chose, voire rien, à l'octroi du droit et à son contrôle. L'exemple classique du permis de construire nous permet de confirmer cette hypothèse : une autorisation tacite de construire qui causerait un grief à un tiers pourrait dès lors être contestée devant le juge administratif, cependant, l'ironie réside dans le fait que même dans le cas où le juge constaterait effectivement l'irrégularité de l'autorisation, dans la plupart des cas, le droit ainsi octroyé continuerait d'exister dans sa matérialisation[1117] ; il est en effet très rare que le juge prononce la démolition d'un bâtiment dont la construction a déjà été entamée (sauf si celle-ci empiète sur la propriété du requérant[1118]). Lorsque c'est une autorisation tacite de démolition qui est en cause, le maintien du droit, même en cas d'illégalité de l'autorisation, est encore plus évident.

[1117] Dans ce cas précis où le droit possède une existence matérielle, il se confond finalement avec l'acte accompli illégalement. D'un point de vue strictement juridique, le droit et le fait accompli illégalement sont évidemment distincts, mais dans la pratique, le titulaire de l'autorisation de construire reste propriétaire de son bien malgré l'annulation de l'autorisation par le juge.

[1118] Il s'agit d'une jurisprudence constante du juge judiciaire (compétent en matière de recours en démolition). Voir par exemple : Cass. 3e civ., 23 juin 2009, n° 08-16184 ; Cass. 3e civ., 21 décembre 2017, n° 16-25406.

Il est donc possible de constater que la décision d'acceptation, a fortiori implicite, est beaucoup plus directe dans les conséquences qu'elle est susceptible d'entraîner et ne permet pas au juge, la plupart du temps, de contrôler la légalité des droits ainsi nés, et lorsqu'il le peut, c'est a posteriori. Car si l'on peut considérer à juste titre, dans l'hypothèse de la contestation d'une décision implicite d'acceptation, que le recours de plein contentieux visant à obtenir un dédommagement des dommages subis du fait de la naissance d'un droit illégal permet de corriger l'injustice, il nous semble cependant qu'une décision implicite de rejet permettrait de prévenir plutôt que de guérir.

Si le silence-acceptation présente d'indéniables avantages en termes d'accélération de l'action administrative, ces derniers s'accompagnent des inévitables risques, prix à payer pour l'accroissement de la célérité. De ce fait, nous soutenons qu'une généralisation de ce principe – telle qu'elle semble se dérouler actuellement – ne peut être pérenne sur le long terme et nécessite, sinon une remise en question complète, au minimum un encadrement juridique accru, et de manière substantielle.

Quoi que l'on puisse penser des mérites de l'un ou l'autre sens du silence de l'Administration, il reste qu'ils n'ont donc en commun que le fait de découler de la même fiction juridique, à savoir la décision implicite. Il est primordial aujourd'hui de prendre pleinement conscience de ce constat a priori évident dans la mesure où les régimes qui en découlent ne peuvent, voire ne doivent pas, être identiques. Cette distinction est également nécessaire afin de pouvoir faire du silence-acceptation un véritable outil de modernisation de l'Administration dont l'usage serait conscient et voulu.

Cette distinction entre les natures différentes de la décision implicite d'acceptation et de la décision implicite de rejet pourrait contribuer à repenser la fiction du silence, et à la simplifier, du fait qu'elle permettrait de faire cohabiter dans la loi le silence-rejet et le silence-acceptation, sans les amalgamer ou au contraire, sans les remplacer l'un par l'autre au gré des réformes. Il suffirait alors de créer dans la loi deux régimes distincts, un pour chacun des deux sens du silence administratif.

Si cette solution entraîne un abandon de la conception classique du binôme principe/exceptions, elle répond en revanche parfaitement aux problématiques actuelles et ne nécessite que la création de listes exhaustives des procédures concernées, ce qui constitue sans aucun doute une tâche chronophage mais permettant une meilleure lisibilité pour tous.

A contrario, l'absence de prise en compte officielle par les textes de la différence pouvant exister entre les silences acceptation et rejet constitue un frein important à la généralisation du silence-acceptation, si tel est l'objectif recherché sur le long terme, comme le laisse penser

le décryptage de la réforme de 2013 à la lumière de la politique menée sur ce terrain par l'Union européenne. Les différentes administrations continueront à considérer la décision implicite comme une sanction à la défaillance de leurs services, qu'elle soit de rejet ou d'acceptation, et à recourir par principe à la décision expresse. Un tel résultat pourrait alors être interprété comme un échec du droit dans la mesure où la situation ne changerait absolument pas dans la pratique, ni pour l'Administration, ni pour les administrés, en dépit d'une réforme visant un « choc de simplification » ayant non seulement échoué à simplifier mais étant même parvenue à complexifier davantage l'état du droit.

§2. Un principe du silence-acceptation à encadrer davantage juridiquement

Il faut chercher selon nous à dépasser les cadres juridiques classiques concernant la fiction du silence de l'Administration, notamment sa présentation en principe/exceptions qui ne reflète aujourd'hui aucune réalité. Le fait d'envisager une nouvelle lecture, plus adaptée au contexte juridique contemporain, de cette fiction du droit permettrait de mieux l'encadrer.

Nous avons vu successivement qu'il n'était sans doute pas envisageable, ou en tout cas pas pertinent, de chercher à retourner à la situation antérieure, pas plus qu'il n'est possible d'envisager les hypothèses de refonte de notre système juridique, impliquant notamment de revenir sur le rôle du juge administratif et sur la règle de la décision préalable, qui demanderaient des transformations de fond de trop grande ampleur pour être pertinentes. Il apparaît donc nécessaire de se concentrer davantage sur l'encadrement de la dynamique actuelle, afin de réellement permettre la simplification du droit et également d'éviter que la réforme de 2013 ne se retourne contre elle-même dans son application. Dans une telle perspective, il nous semble opportun d'identifier dans un premier temps les principales failles du silence-acceptation aujourd'hui nécessitant un encadrement accru ou un remaniement (**A**) avant d'envisager dans un second temps des voies possibles de résolution de ces problématiques (**B**).

A. Les principales failles actuelles du silence-acceptation dans sa mise en œuvre

Malgré les nombreuses critiques formulées à l'encontre de la réforme de la décision implicite au cours de ce travail de recherche, tout n'est pas nécessairement à remettre en question dans la réforme de 2013 et ce qu'elle a apporté pour la décision implicite. Il est toujours possible de donner une place plus importante à la décision implicite d'acceptation, tout en cherchant à la rationaliser en réduisant le nombre d'exceptions. L'essentiel est selon nous de ne pas faire du silence-acceptation la règle générale dans la mesure où, nous l'avons démontré, cela n'est pas réalisable sans compromettre certains principes juridiques fondamentaux. Cependant, avant qu'il puisse être raisonnablement envisagé d'accroître la place donnée à la décision implicite d'acceptation, il apparaît nécessaire d'en revoir certains points fondamentaux.

À ce titre, il convient de revenir d'abord sur l'absence étrange d'explicitation des objectifs de la réforme de 2013 et de l'intérêt pour quiconque de voir entrer en vigueur ce revirement du principe du silence-rejet (**1**), avant d'évoquer le rapport selon nous problématique existant entre la décision implicite d'acceptation et le phénomène de subjectivisation du droit (**2**).

1) Un manque de clarté dans la définition des objectifs de la réforme de 2013 nuisant à son application

Le plus dérangeant dans la tendance actuelle à la généralisation du silence-acceptation reste que, si son but avéré est l'amélioration des rapports entre les administrés et l'Administration (notamment par l'accélération des procédures), celui-ci n'est jamais clairement explicité, ni par le Gouvernement, ni par le législateur (dans les travaux/débats préparatoires). Les raisons justifiant le choix du silence-acceptation comme nouveau principe ne trouvent aucune base que ce soit dans les discours ou dans les textes. Nous y voyons donc un aveu à peine camouflé qu'il s'agit d'une simple technique de communication politique. Envisager dans le discours la généralisation du silence-acceptation dans les rapports administrés/Administration est sans aucun doute novateur, mais le plus important reste de savoir par quels moyens concrets cette fiction juridique peut parvenir à atteindre l'objectif visé, ce qui n'a jamais été abordé clairement. Si la question avait été réellement posée en amont de la réforme, celle-ci n'aurait sans doute jamais vu le jour, du moins pas en ce qui concerne la décision implicite. En tout état de cause, il est certain que la logique justifiant la raison d'être de ce changement ne va pas de soi.

Il semble primordial d'expliquer le fonctionnement ainsi que d'évoquer les problématiques soulevées par la réforme du droit afin de comprendre pourquoi nous soutenons, entre autres raisons, que la réforme de la décision implicite n'est pas une bonne réforme.
Dans un article intitulé « Les méthodes de réforme du droit », le Professeur Ronald Harry GRAVESON[1119] explique que selon lui, il existe essentiellement trois manières de réformer le droit : la législation, les décisions judiciaires et, de manière plus discutable, la coutume. La plus courante en Europe, donc en France, est la première qui consiste à réformer le droit par le biais de la loi. L'auteur écrit : « *Un des avantages parlant en faveur de la réforme par voie législative est qu'elle est appropriée à des changements complexes du droit, car elle permet de prendre des mesures importantes. Cependant, bien qu'elle soit appropriée pour des réformes très étendues, de grandes réformes peuvent dériver d'autres moyens, à partir du changement d'un simple principe juridique* »[1120]. Dans le cas qui nous intéresse, c'est bien par l'effet de la loi que la réforme de la décision implicite a été lancée, précisément en modifiant un principe

[1119] GRAVESON (R.H.), *Les méthodes de réforme du droit,* Revue internationale de droit comparé. Vol. 19, n°2, avril-juin 1967, pp. 353-361.
[1120] *Ibid.*, p. 358.

existant. Or, lorsque GRAVESON parle de réforme impulsée par « d'autres moyens », notamment un changement de principe juridique, il entend que la réforme du droit peut aussi s'effectuer par le biais d'une décision judiciaire. Cela ne signifie pas pour autant que la loi ne peut pas entamer une réforme en modifiant elle-même le sens d'un principe juridique, cependant il est intéressant d'observer la manière par laquelle s'est opérée la réforme de 2013 de ce point de vue.

À l'époque où BENTHAM fait son plaidoyer, nous dit GRAVESON, en faveur de la réforme du droit par la législation – ce qui va à contre-courant de la tradition juridique britannique – il se fonde sur « *la distinction du droit entre jurisprudence et législation et non sur la distinction traditionnelle en Angleterre entre* Common Law *et* Equity »[1121]. Si les systèmes juridiques britannique et français n'ont que peu de choses à voir entre eux[1122], il demeure pertinent de s'intéresser à cette distinction que fait BENTHAM entre loi et jurisprudence dans la mesure où elle fait assez largement écho à la distinction qui peut exister en France si l'on se fonde sur la jurisprudence administrative en particulier. En effet, si la jurisprudence n'est jamais considérée comme une source formelle du droit en vertu du principe constitutionnellement garanti de séparation des pouvoirs, la réalité est bien différente. Et lorsque BENTHAM évoque la jurisprudence dans ses travaux[1123], il y fait référence en tant que « *Dog Law* », ce qui signifie que pour lui, le juge – contrairement au législateur – « *fait la loi pour les parties comme un homme fait la loi pour son chien* »[1124]. Il faut entendre par là que le juge attend qu'une erreur soit commise avant de la punir mais que tant que les parties ne sont pas punies, elles ne savent pas ce qui est mal. Si cette métaphore trouve difficilement à s'appliquer en France aujourd'hui dans la mesure où « nul n'est censé ignorer la loi », elle reste néanmoins digne d'intérêt dans le cas particulier de la décision implicite.

La manière dont la réforme de 2013 s'est déroulée en ce qui concerne la décision implicite semble emprunter le « pire » des deux manières de réformer le droit selon GRAVESON. D'un côté, la loi s'est chargée de lancer la réforme mais sans réellement lui donner ni de justification, ni de contenu réel, laissant ainsi aux décrets et, dans une moindre mesure, au juge la charge de réformer *réellement* la décision implicite. Cette approche casuistique de la réforme du droit appliquée à la décision implicite entraîne comme conséquence une situation similaire à celle que décrit BENTHAM lorsqu'il évoque la « *Dog Law* ». S'il existe effectivement un principe dans la loi, complété par des tableaux, nous avons déjà pu voir que la pratique peut différer,

[1121] *Ibid.*, p. 355.
[1122] On notera d'ailleurs que la plupart des travaux de BENTHAM ont été publiés d'abord en France, chez son éditeur Dumont, avant de paraître en Angleterre.
[1123] The Faculty of Laws of University College (London), *Jeremy Bentham and the Law, A Symposium*, publié sous la direction de F.W. KEETON et G. SCHWARZENBERGER (1948).
[1124] GRAVESON (R.H.), *Les méthodes de réforme du droit,* Revue internationale de droit comparé. Vol. 19, n°2, avril-juin 1967, p. 356.

les administrés n'étant parfois pas véritablement en mesure de connaître le sens du silence qui leur est opposé par l'Administration avant que celle-ci ne se prononce de manière explicite ou que le juge administratif ne confirme ou n'infirme le sens supposé lors d'un litige. Cette hypothèse est surtout valable pour ce qui concerne les vides juridiques, mais les listes des cas de silence-acceptation et rejet n'étant pas exhaustives, elle ne doit pas être occultée.

En d'autres termes, il est possible d'observer, en calquant notre raisonnement sur celui de GRAVESON (et en l'adaptant à notre contexte contemporain), que la réforme du droit en France découle davantage de la loi (sous l'influence du gouvernement, il est vrai), symbole historique de stabilité[1125], l'ironie pouvant être trouvée dans le fait que, concernant de manière plus spécifique la réforme de la décision implicite, la loi a entamé une réforme qu'elle ne peut pas contrôler du fait de la nature du principe qu'elle modifie ; le sens positif du silence de l'Administration est aujourd'hui prôné par la loi alors même qu'il représente l'instabilité[1126]. Le silence-acceptation, qu'on le veuille ou non, octroie des droits de manière tacite et ne peut en aucun cas être encadré autrement que par la multiplication d'exceptions, donc de cas soumis au silence-rejet, ce qui neutralise l'idée initiale de réforme.

En effet, « *l'un des problèmes inhérents à la réforme du droit est le problème psychologique. Ce facteur psychologique est, dans le fond, la tradition conservatrice de l'humanité, notamment en matière juridique car, dans l'opinion publique, le droit est quelque chose de constant et qui ne varie pas. Ceci est une des raisons du grand écart existant entre les changements sociaux et les changements du droit* »[1127]. Si cette opinion est aujourd'hui à relativiser en raison de son ancienneté, elle demeure néanmoins encore valide en essence ; si les mentalités d'aujourd'hui semblent être plus « à l'aise » avec le changement, il ne nous paraît pas pertinent d'en déduire pour autant que la direction empruntée par la réforme de la décision implicite est la plus adéquate. Le droit demeure une norme qui, si elle entretient une étroite relation avec l'évolution de la société, doit par essence rester stable, dans le sens où le droit doit selon nous chercher à encadrer et corriger les excès liés à l'évolution des mœurs et des comportements, quitte à les freiner, plutôt qu'à les exacerber, comme cela semble être le cas avec la décision implicite d'acceptation.

[1125] GRAVESON écrit : « *L'on peut dire que la loi doit demeurer stable, comme les lois des Perses et des Mèdes, mais ces lois réfléchissaient une société sans mouvement dont la politique principale était la stabilité, et où sont-elles aujourd'hui les lois des Perses et des Mèdes ? Elles se sont changées en une loi française de base* », *op. cit.*, p. 353.

[1126] Cela étant, il est vrai que la loi, du fait du phénomène d'inflation, est devenue de plus en plus instable.

[1127] GRAVESON (R.H.), *Les méthodes de réforme du droit,* Revue internationale de droit comparé. Vol. 19, n°2, avril-juin 1967, p. 357.

C'est l'une des raisons pour lesquelles il convient de penser que partir du principe « silence vaut rejet » comme base pour une réforme demeure une alternative plus saine, sans qu'elle n'empêche un développement de la décision implicite d'acceptation. D'ailleurs, il serait possible d'extrapoler ce raisonnement en estimant qu'étant donné que, postérieurement à la réforme de 2013, le nouveau « principe » officiel est celui du silence-acceptation alors même que la réalité juridique ne permet pas de le confirmer, bien au contraire, il pourrait tout à fait être envisageable – quitte à ne pas être en phase avec la réalité juridique – de considérer que le principe demeure celui du silence-rejet, quand bien même le législateur chercherait à en réduire le nombre d'occurrences, lui favorisant les « exceptions » de silence positif. En somme, il faudrait considérer que le principe régissant le silence de l'Administration reste le « silence vaut rejet », sans pour autant remettre en question l'évolution actuelle du silence-acceptation. Si cette présentation ne recouvre aucune réalité, elle a le mérite d'être la plus équilibrée en pratique : elle n'empêche pas le développement des hypothèses de silence-acceptation mais en cas d'incertitude ou de vide juridique, le silence vaut rejet et les risques d'insécurité juridique sont réduits au minimum.

Cela permettrait d'avoir une solution en quelque sorte hybride, respectant la dynamique impulsée par l'Union européenne, tout en garantissant en droit interne une sécurité juridique accrue, ne serait-ce que dans les hypothèses de vide juridique. Car si une règle a une valeur de principe, cela signifie qu'en l'absence de texte, c'est celui-ci qui s'applique par défaut. Or, il est davantage sécurisant et pertinent d'un point de vue juridique de faire en sorte que ce vide soit comblé par un rejet que par une acceptation tacite.

2) Le problème du rapport entre décision implicite d'acceptation et subjectivisation

S'il est vrai que l'évolution du droit administratif dans son ensemble, tend à se diriger vers une subjectivisation accrue[1128], il nous apparaît nécessaire de préserver certains cadres. Ce phénomène de subjectivisation ne touche d'ailleurs pas spécifiquement le droit public mais le droit dans sa globalité[1129], en témoigne l'inflation des « droits à » et des droits de la personnalité par exemple. Si cela est sans doute moins gênant pour ce qui concerne le droit privé, cela

[1128] Voir sur le sujet : RAIMBAULT (PH.), *Quelle signification pour le mouvement de subjectivation du droit public ?*, in *La démocratie, entre multiplication des droits et contre-pouvoirs sociaux*, 2012, pp. 97-114 ; FOULQUIER (N.), *Les droits publics subjectifs des administrés : émergence d'un concept en droit administratif français du XIXe au XXe siècle*, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, Dalloz, 2003, 805 p. ; BONNARD (R.), *Précis élémentaire de droit administratif*, Paris, Sirey, 1926, p. 362 et s. ; *les droits publics subjectifs des administrés*, RDP 1932, p. 695 et s. ; BARTHELEMY (J.), *Essai d'une théorie des droits subjectifs des administrés*, Thèse Paris, 1899 ; MICHOUD (L.), *Théorie de la personnalité morale*, 2 vol., Paris, 1906, I, p. 99 et s.

[1129] Voir sur le sujet : JAULNEAU (E.), *La subjectivisation du droit : Étude de droit privé*, thèse Orléans, 2007, 712 p.

semble en revanche aller contre les fondements du droit administratif, tournés vers la satisfaction de l'intérêt général.

Cela soulève la question plus délicate de l'influence croissante des droits subjectifs dans notre ordre juridique. Doivent-ils en effet le structurer ou, au contraire, y faire figure d'exception ? Pour ramener cette question à notre sujet, la décision implicite doit-elle être considérée comme un marqueur de changement, d'évolution de notre droit administratif ? Ou se soumettre à un ordre établi en tentant d'y évoluer tout en respectant les valeurs fondamentales de celui-ci ? Une réponse positive à la première interrogation entraînerait alors la validité du constat selon lequel la décision implicite d'acceptation propose le profil le plus adéquat pour remplir cette fonction de marqueur d'évolution dans la mesure où elle suit l'évolution de la société et donc du droit. En revanche, si l'on choisit de répondre positivement à la seconde interrogation, alors le silence-rejet constitue la norme la plus adéquate. Certes il s'agit, en essence, d'une résistance à la direction prise par l'évolution du droit mais également plus respectueuse des valeurs traditionnellement prônées par le droit public. Même si les critiques véhémentes de DUGUIT ou KELSEN à l'égard de la réalité du mouvement de subjectivisation du droit public ont pu être largement relativisées par le travail de Norbert FOULQUIER[1130], appuyé sur des fondements théoriques indéniables, il ne nous semble pas nécessairement obligatoire d'en faire une fatalité. L'évolution de la décision implicite illustre d'ailleurs l'un des aspects les plus néfastes selon nous de cette tendance à la subjectivisation en venant amplifier le phénomène de multiplication de ces droits dits « subjectifs », de surcroît sans réelle garantie du point de vue de la protection de la sécurité juridique ni même de la légalité. Sans remettre en question la réalité de ce phénomène, cela permet néanmoins d'en relativiser la pertinence dans notre ordre juridique.

Les questionnements entraînés par cette réflexion imposent de s'intéresser plus en détail à ce mouvement de subjectivisation du droit, a fortiori public, afin de pouvoir replacer avec plus de précision l'évolution de la décision implicite dans ce contexte.
Philippe RAIMBAULT définit la subjectivisation[1131] du droit public comme « *la multiplication des droits subjectifs des individus, conçus comme des pouvoirs d'exiger des autorités publiques une action ou une abstention en vue de garantir un intérêt ou une liberté juridiquement protégés, ou encore l'émergence de l'expression de droits "opposables" à l'État ou aux collectivités*

[1130] FOULQUIER (N.), *Les droits publics subjectifs des administrés : émergence d'un concept en droit administratif français du XIXe au XXe siècle*, Dalloz (Nouvelle bibliothèque de thèses), 2003, 805 p.
[1131] Précisons que Ph. RAIMBAULT parle de « subjectivation » du droit et non de « subjectivisation », ce qui – dans ce contexte particulier – revient au même. Nous préférons cependant faire usage du second terme, plus courant également, pour des raisons d'exactitude étymologique.

publiques »[1132]. Des exemples de ce phénomène peuvent être trouvés dans les secteurs de l'éducation[1133] ou de la santé[1134], voire même dans le domaine du droit des étrangers.

En outre, l'évolution dans les terminologies employées pour faire référence aux administrés ou aux usagers, passant d'assujettis à client, consommateur ou personne, montre également une volonté d'exacerbation dans l'individualisation[1135].
Il n'y a donc aucun doute sur l'existence de ce phénomène en droit administratif, d'autant plus qu'il est encouragé, nous le voyons, par les pouvoirs publics.

Un autre point intéressant à relever concernant cette question réside dans le constat que la subjectivité en droit public a sans doute plus ou moins toujours existé, dans une certaine mesure du moins. En effet, si l'on s'intéresse au contentieux dit « objectif » qu'est le recours pour excès de pouvoir – contentieux administratif par excellence –, il est possible de nuancer cette objectivité et ce dès son origine. En effet, on parle de contentieux objectif par référence au fait qu'il s'agit de demander l'annulation d'un acte administratif supposé irrégulier en le confrontant aux normes qui lui sont supérieures. Le contentieux subjectif par opposition suppose que le requérant estime être lésé dans l'exercice d'un de ses droits dont il demande le rétablissement au juge, c'est le cas par exemple d'une demande de dommages-intérêts. Il apparaît toutefois possible de nuancer cette typologie établie par Léon DUGUIT[1136] et reprise par d'autres auteurs[1137], basée sur la nature de la situation juridique qui fonde le recours.

En effet, des auteurs tels que BARTHÉLÉMY ou BONNARD développent la thèse selon laquelle le recours pour excès de pouvoir fait toujours valoir un droit subjectif dans la mesure où « *le requérant invoque une norme objective à l'appui de son recours, en demandant le respect de celle-ci le requérant fait valoir son droit subjectif* »[1138]. Un droit subjectif dans ce contexte correspond à une prérogative de nature juridique octroyée à une personne par le droit et dont elle peut se prévaloir pour défendre son intérêt propre. Ces positions ont fait l'objet de

[1132] RAIMBAULT (PH.), *Quelle signification pour le mouvement de subjectivation du droit public ?*, in *La démocratie, entre multiplication des droits et contre-pouvoirs sociaux*, 2012, p. 97.
[1133] Il est possible notamment de trouver plusieurs dispositions de la loi n° 2005-380 du 23 avril 2005 d'orientation et de programme pour l'avenir de l'école venant promouvoir une prise en compte de la situation individuelle des élèves.
[1134] Voir : DEGUERGUE (M.), *La responsabilité du fait des produits et appareils de santé défectueux à l'hôpital*, AJDA 2003, p. 1948.
[1135] Ph. RAIMBAULT prend d'ailleurs l'exemple d'un arrêté du 18 juin 2009 qui « *enclenche même un processus de personnalisation en prévoyant la création d'un téléservice dénommé « mon.service-public.fr » afin de fournir une information administrative sur mesure aux administrés qui s'y inscriront et de leur permettre de stocker leurs documents administratifs* » pour démontrer cette volonté.
[1136] DUGUIT (L.), *Traité de droit constitutionnel,* 3ème édition, t. 2 : Théorie générale de l'État, Hachette Bnf, 2018, p. 458 et s.
[1137] Notamment par WALINE (M.), *Vers un reclassement des recours contentieux ?*, RDP 1935, p. 305.
[1138] SIBIRIL (K.), *La notion d'intérêt en droit administratif français*, thèse Brest, 2012, 445 p., spéc. p. 175.

vives critiques, cependant il nous semble pertinent de relever qu'il est rare que les règles de droit invoquées par le requérant lors d'un recours pour excès de pouvoir ne le soient que dans un but de défense de la légalité. Il est en effet sans doute plus proche de la réalité de considérer que le requérant ouvrant un contentieux en recours pour excès de pouvoir le fait dans le but de satisfaire un intérêt personnel, d'ailleurs souvent l'octroi d'un droit. En effet, le paradoxe mis en exergue par les auteurs cités en exemple montre une forme d'ironie dans le fait que le but du recours pour excès de pouvoir est de veiller au respect du droit objectif, de la légalité, alors qu'il est mis en œuvre dans la majorité des cas pour faire valoir le respect d'un droit subjectif du requérant. En cela, ce recours considéré comme objectif le paraît beaucoup moins lorsqu'il est abordé sous cet angle. S'il ne s'agit pas pour autant d'affirmer que le recours pour excès de pouvoir se rattache dès lors au contentieux subjectif, il n'apparaît néanmoins pas inopportun de relativiser la pertinence – aujourd'hui – de la typologie proposée par DUGUIT.

Certains auteurs considèrent d'ailleurs à ce titre que « *l'image objective traditionnelle du recours pour excès de pouvoir - un procès fait à un acte dont la résolution s'opère à partir de ses seuls éléments, appréciés à l'aune de la légalité administrative - semble relever en partie d'un mythe* »[1139]. En effet, J. SIRINELLI affirme que la subjectivité n'a jamais été absente du contentieux administratif comme en témoigne l'existence d'un intérêt à agir[1140].

Il est possible d'ajouter que la saisine du juge par l'administré est une condition par définition obligatoire à la mise en œuvre du recours pour excès de pouvoir. Par conséquent, « *il est aisé d'admettre que ce qui pousse le requérant à agir n'est jamais en soi la réparation d'une atteinte à la légalité mais bel et bien l'espoir de tirer un avantage personnel de la décision de justice, avantage qui en l'occurrence se matérialisera par la cessation à son égard des effets produits par l'acte mis en cause* »[1141]. En d'autres termes, si le recours pour excès de pouvoir peut être considéré comme appartenant à la catégorie du contentieux objectif du fait de son but théorique, il reste que l'initiative de la saisine du juge administratif appartient au requérant, et qu'il semble – hors certains exemples spécifiques[1142] – assez peu réaliste de considérer que la défense du respect de la norme juridique soit la motivation générale des requérants. Cela étant, il convient néanmoins de reconnaître que si l'intention du requérant n'est pas nécessairement la sauvegarde de l'intérêt général, c'est en revanche la préoccupation première du juge, qui passe par le respect du droit, et, la saisine du requérant est – dans l'hypothèse du recours pour

[1139] SIRINELLI (J.), *La subjectivisation du recours pour excès de pouvoir*, RFDA 2016, p. 529.
[1140] *Ibid.*
[1141] BAILLEUL (D.), *L'intérêt d'un « intérêt à agir » dans le cadre du recours pour excès de pouvoir*, Petites affiches, 3 février 2003, n° 24, p. 6-14.
[1142] C'est notamment le cas des recours intentés par les requérants « d'habitude » (nous pensons par exemple au sieur Casanova), ou de certains recours restés célèbres comme celui impulsé par DUGUIT et engagé par le syndicat des propriétaires du quartier Croix-de-Seguey-Tivoli (CE, 21 décembre 1906, Rec., p. 962, concl. ROMIEU). Il est également possible de mentionner l'exemple des recours formés par les habitants/contribuables dans l'intérêt de la commune (art. L. 2132-5 du Code de justice administrative).

excès de pouvoir – la seule possibilité pour le juge administratif de pouvoir effectuer ce contrôle. Ce qui donne dans les faits une impression de « tourner en rond » car finalement, la protection de l'intérêt général est motivée initialement par une considération fondamentalement individualiste.

Nous pourrions poursuivre l'observation de ce phénomène de subjectivisation du recours pour excès de pouvoir et, par extension, du droit administratif encore longuement, mais en dépit de l'intérêt que cela présenterait, nous dévierions par trop de notre sujet d'étude. Ce phénomène demeure en outre d'une grande complexité et nécessite donc une étude à part entière[1143].

Ayant constaté que la nature subjective du droit, même administratif, peut survenir dans les procédures contentieuses les plus objectives, comme le recours pour excès de pouvoir, cela nous permet de conclure au raisonnement suivant : dès lors que le contentieux dont fait principalement l'objet la décision implicite possède cette ambivalence entre droit subjectif et droit objectif en fonction de la perspective d'où l'on se place, alors la décision implicite de rejet n'entrave pas nécessairement la marche naturelle de l'évolution du droit administratif vers une subjectivisation accrue.

Mieux, elle permet de la respecter tout en garantissant l'effectivité du contrôle du juge administratif. Car le problème majeur posé par le développement de la décision implicite d'acceptation se trouve dans le fait qu'elle permet d'octroyer des droits à des particuliers dont le contrôle échappe parfois à l'Administration ainsi qu'au juge administratif. Dans la première hypothèse, la décision peut naître d'une défaillance, l'Administration n'ayant donc pas étudié la demande donnant naissance à un droit ; dans la seconde hypothèse, si la décision ne fait pas grief à un tiers disposant d'un intérêt à agir, le juge administratif ne possède aucun moyen de contrôler la légalité de cette décision, et donc par extension du droit en découlant. En somme, nous avons tendance à soutenir une opinion selon laquelle la décision implicite d'acceptation

[1143] Pour quelques réflexions sur le sujet, voir : CHAPUS (R.), *L'administration et son juge : ce qui change*, EDCE, 1991, n° 43, p. 264 ; TRUCHET (D.), *Office du juge et distinction des contentieux : renoncer aux « branches »*, RFDA 2015, p. 657 ; BLANCO (F.), *Pouvoirs du juge et contentieux administratif de la légalité*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2010 ; DELVOLVÉ (P.), *Droits publics subjectifs des administrés et subjectivisation du droit administratif*, in *Les droits publics subjectifs des administrés*, LexisNexis, 2011, p. 3 ; DELVOLVÉ (P.), *Recours pour excès de pouvoir et droits subjectifs*, in *La conscience des droits. Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Costa*, Dalloz, 2011, p. 220 ; LETOURNEUR (M.), *L'apparition de nouveaux éléments subjectifs dans le recours pour excès de pouvoir*, EDCE, 1953, n° 7, p. 66 ; SEILLER (B.), *Droits publics subjectifs des administrés et transformations contemporaines du contentieux*, in *Les droits publics subjectifs des administrés*, LexisNexis, 2011, p. 191 ; SAUVÉ (J.-M.), *L'avenir du modèle français de droit public en Europe*, Propos introductifs au colloque sur *L'avenir du modèle français de droit public en Europe* organisé le 11 mars 2011.

présente une vision exacerbée du phénomène de subjectivisation du droit public, qui ne propose de ce fait pas suffisamment de garanties juridiques, notamment à l'égard des tiers.

En revanche, le silence-rejet permettrait à la fois de garantir un cadre juridique plus stable tout en permettant une évolution, plus lente certes, du principe. L'avantage est de permettre de conserver un certain contrôle sur la vitesse de l'évolution vers la subjectivisation du droit public que nous évoquions précédemment.

En effet, si le droit, dès lors qu'il s'attache à des individus, est par essence subjectif, c'est l'action en justice qui lui permet a priori d'exprimer cette subjectivité. On peut d'ailleurs lire chez E.-D. GLASSON et A. TISSIER que l'action est « *le pouvoir qu'a une personne investie d'un droit d'obtenir du juge la protection de ce droit* »[1144], ce qui a donné lieu à une maxime largement répandue : « pas de droit, pas d'action »[1145]. Toutefois, la création du recours pour excès de pouvoir est venue remettre en question cette affirmation. « *La légalité*, écrit H. MOTULSKY, *est objective et abstraite ; elle n'est protégée que pour elle-même, dans l'intérêt général ; l'administré peut souffrir d'une illégalité et avoir un intérêt à la voir sanctionner ; mais si cet intérêt peut autoriser une action ayant pour objet la suppression de l'illégalité, il n'en reste pas moins que cette action n'enveloppe pas un droit subjectif substantiel à la légalité* »[1146].

Toute la difficulté de la question relative aux droits subjectifs et à la nature du contentieux pour excès de pouvoir réside précisément dans le fait que sa réponse semble changer en fonction du point de vue duquel on se place : du point de vue du droit, l'argument avancé par H. MOTULSKY apparaît difficilement réfutable ; du point de vue du sujet du droit en revanche, la question de la légalité possède moins d'impact puisque c'est effectivement le gain personnel résultant de l'éventuelle illégalité qui intéresse. Toutefois, il est possible de nuancer légèrement cette opinion en tenant compte des recours effectués par des groupements (syndicat, associations de défense de l'environnement…) qui, par définition, défendent des intérêts plus larges. Pour autant, nous ne pensons pas que cela remette en question le raisonnement précédent ; la plupart de ces groupements défendent finalement des intérêts souvent collectifs qui, même s'ils sont groupés, ne sont pas motivés purement par la restauration de la légalité (comme c'est le cas des syndicats professionnels).

Par conséquent, il est possible de se demander si ce qui importe le plus ne serait pas la *perception* que l'on a du droit ? Le droit administratif est-il en train de se « subjectiviser » où a-t-il toujours été subjectif en puissance ? Nous pensons en effet que les transformations subies

[1144] GLASSON (E.-D.), TISSIER (A.), *Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire de compétence et de procédure civile*, Paris, Libr. du Rec. Sirey, 1925, t. 1, n° 172, p. 423.
[1145] MOTULSKY (H.), *Le droit subjectif et l'action en justice*, A.P.D. 1964, p. 88.
[1146] *Ibid.*

par des valeurs comme l'intérêt général montrent que le droit administratif évoluait à part du reste du droit grâce à une vision très conservatrice, entretenue notamment par ses plus grands théoriciens. Avec la multiplication du contentieux, les droits sont nécessairement remis au centre des débats et la composante « objective » du droit semble céder du terrain à la subjectivité *des* droits, qui ne sont qu'une partie du droit objectif mais tendent progressivmement à le supplanter à cause de la démocratisation de « l'action ». Partant de cette hypothèse, la décision implicite de rejet permet de freiner ce phénomène car si une décision de rejet favorise le contentieux, l'annulation de celle-ci (et donc la réparation d'une illégalité objective) n'octroie pas automatiquement un droit. L'impact psychologique d'un rejet ou d'une acceptation sur le destinataire d'une décision n'est pas non plus le même sur la perception qu'il peut avoir du droit dans le sens où un « non » ne vaudra jamais un « oui », a fortiori s'il découle d'un silence.

Si l'impact du revirement de la réforme de 2013 n'est pas mesurable aujourd'hui et ne le sera sans doute pas avant plusieurs années, nous pensons qu'il ne faut pas le négliger sur le plan de la théorie juridique. Le fait de favoriser la décision implicite d'acceptation plutôt que la décision implicite de rejet facilite l'amalgame entre *le* droit et *les* droits, ce qui n'apparaît pas souhaitable.

Finalement, ce qui différencie fondamentalement la décision implicite d'acceptation et de rejet du point de vue de l'impact sur le phénomène de subjectivisation du droit public n'est pas tant que l'une le favorise tandis que l'autre le freine, mais davantage que l'acceptation implicite exacerbe dangereusement cette tendance sans la contrôler alors que le rejet implicite permet de respecter l'évolution du droit public tout en offrant des garanties fondamentales de stabilité. À partir du moment où l'acceptation est implicite, cela signifie que le risque que l'octroi d'un droit soit illégal existe, ce qui ne saurait être toléré selon nous dans la mesure où il n'existe aucun moyen de soumettre ce droit illégal au contrôle de la justice, ou plus exactement, il n'existe qu'un seul moyen de contester cette illégalité : l'hypothèse du tiers lésé. Encore faut-il qu'il soit en mesure d'être informé de la naissance d'une telle décision. Cette évolution du droit administratif n'est pas souhaitable et ne le sera probablement jamais, il apparaît donc nécessaire d'y remédier en donnant à la décision implicite de rejet la place qui est la sienne, au centre du dispositif dont elle est l'origine.

B. Les possibilités de rationalisation de la décision implicite d'acceptation

Tenter de proposer des solutions directes aux problèmes soulevés précédemment ne nous paraît pas être le choix le plus pertinent, une approche asymétrique convient ici vraisemblablement mieux. En effet, plutôt que de chercher à appliquer des pansements sur des plaies béantes, il vaut mieux prendre davantage de recul et envisager de traiter le mal à la racine. En ce sens, trois propositions nous semblent devoir être évoquées ici, puisque permettant d'apporter des réponses – au moins des pistes de réflexion – concrètes aux problèmes posés par l'application actuelle du principe « silence vaut acceptation ». La première concerne la création de tableaux ou de listes recensant les procédures soumises au silence-rejet et au silence-acceptation (**1**), la deuxième s'attache à réfléchir à la création d'un troisième sens au silence de l'Administration (**2**) et la troisième envisage la mise en place d'une obligation juridique de répondre à la charge de l'Administration, neutralisant l'intérêt de la décision implicite (**3**)

1) Le recensement des procédures concernées par l'implicite sous forme de listes

Cette nécessité de chercher à encadrer davantage le mécanisme du silence-acceptation découle de tous les constats que nous avons pu faire durant cette recherche. Concrètement, il s'agit d'admettre que pour qu'une telle réforme puisse être couronnée de succès, il faut revenir sur la nature du silence-acceptation et sur son rapport au silence-rejet. Nous l'avons déjà soulevé, nous ne pensons pas que faire du silence-acceptation un « principe » soit pertinent, dans la mesure où le ratio principe/exception ne reflète absolument pas la réalité juridique. En outre, étant donné la quantité de procédures concernées par le mécanisme de l'implicite, nous prenons peu de risques en affirmant que cette division classique en principe/exceptions est ici obsolète et qu'il faut chercher à classifier chaque procédure afin qu'il soit plus simple pour les administrations autant que pour les administrés de s'y retrouver. S'il est sans doute aussi fastidieux que considérable, ce nettoyage des « écuries d'Augias » nous apparaît être une condition de la réussite de la réforme de 2013 sur le long terme.

Il pourrait ainsi paraître opportun d'envisager l'encadrement du « principe » par un système de tableaux/listes exhaustifs, à l'instar de ce qui est pratiqué en Pologne[1147]. À défaut d'être la solution la plus simple à mettre en place, du fait qu'elle contourne le problème de la répartition des procédures plus qu'elle ne le règle, elle possède néanmoins le mérite d'être rationnelle et sans ambiguïté. Le système du tableau ou de la liste s'émancipe de la contrainte juridique posée par la notion de principe en ce sens qu'il n'impose pas de devoir identifier les exceptions, il s'agit simplement de répertorier les procédures de manière transparente et objective. En outre, avec le développement des outils numériques, a fortiori d'internet, ce système devient intuitif dans son utilisation avec la possibilité de rechercher directement par mot-clé ou

[1147] GONOD (P.), *Le sens du silence de l'administration : bref aperçu de quelques solutions étrangères*, RFDA 2014, p. 45.

en filtrant les résultats selon divers critères afin de ne pas perdre de temps à parcourir les listes dans leur intégralité, comme ce serait le cas avec un support physique.

Si cette solution induit nécessairement l'abandon de la dialectique traditionnelle principe/exceptions pour la décision implicite, elle répond cependant aux exigences portées par la réforme de 2013 en permettant la généralisation des hypothèses de silence-acceptation, sans pour autant concentrer l'attention sur le nombre de ces hypothèses. En d'autres termes, le classement en tableaux ou en listes permet non seulement d'aller dans le sens d'une véritable simplification en proposant une source unifiée de toutes les procédures soumises au mécanisme de l'implicite, mais correspond surtout à un encadrement de la décision implicite en cohérence avec les volontés politiques affichées lors de la réforme : la simplification de la décision implicite ne peut aujourd'hui faire l'économie de l'abandon de sa présentation classique en principe/exceptions. Un tel changement irait également dans le sens, nous l'avons évoqué lors d'un raisonnement précédent, d'une autonomisation de chacun des deux sens du silence administratif, ce qui permettrait de clairement identifier le silence « liaison du contentieux » et le silence « modernisation de l'Administration active ».

Si, en ce qui concerne le « silence vaut acceptation », l'asymétrie qui existe aujourd'hui entre ce que sous-entend la notion de principe et le nombre réel de procédures véritablement concernées par cette règle, n'entraîne pas de conséquence directement visible, elle nuit selon nous à la pleine réalisation de la réforme de la décision implicite.

2) La création d'un troisième sens du silence de l'Administration

Une autre voie pourrait être celle de l'inspiration italienne avec la création d'un troisième sens au silence de l'Administration : le « silence inertie »[1148]. En effet, sans constituer une quelconque révolution, cette solution pourrait permettre d'éviter de devoir classer les procédures selon des listes exhaustives afin qu'il n'existe aucun risque de vide juridique. Dans un article publié à la RFDA, Paolo PATRITO explique qu'en Italie, « *il existe une troisième espèce à côté du silence « significatif » (acceptation ou rejet) : le « silenzio inadempimento », qui peut se traduire par « silence inaccomplissement »*[1149] *ou « silence inexécution », autrement dit un silence qui ne signifie « ni oui, ni non »*[1150]*, un silence « muet ». Il s'agit d'une simple inertie à*

[1148] Voir : PATRITO (P.), *Les décisions implicites de l'administration : une comparaison entre la France et l'Italie*, RFDA 2020, p. 537.
[1149] L'auteur rattache cette expression à H. BERTHÉLEMY qui écrivait dans son *Traité élémentaire de droit administratif*, 13e éd., Paris, 1933, p. 1125, que le silence-rejet découle de la nécessité, par l'Administration, de *« l'accomplissement (...) des services qu'elle doit à tous* ».
[1150] SANDULLI (A.-M.), *Il silenzio della pubblica amministrazione oggi : aspetti sostanziali e processuali*, Diritto e Società, 1982, p. 723, selon lequel « il silenzio non è né sì, né no (...) : non è che un nicht tun, inattività, astensione dal provvedere », que l'on pourrait traduire par : « Le silence ne signifie ni

laquelle le juge administratif, sur recours du citoyen, peut mettre fin, en ordonnant à l'administration d'adopter l'acte et, dans certains cas, en indiquant le contenu de l'acte »[1151].

Cette solution permet, lorsqu'il existe un vide juridique concernant le sens à donner à l'implicite sur une question particulière, de ne pas le combler de manière hasardeuse. Le principal problème se situe alors dans l'étendue des pouvoirs du juge administratif en France dans la mesure où, s'il est effectivement reconnu au juge administratif un pouvoir d'injonction permettant « d'ordonner », ou plus exactement d'enjoindre, à l'Administration de prendre une décision, couplé à un pouvoir d'astreinte, permettant de soumettre l'Administration récalcitrante à une sanction pécuniaire, il est assez souvent récalcitrant à imposer le contenu d'un acte administratif.

Il serait donc nécessaire, avant d'envisager une telle possibilité, de donner davantage de pouvoir au juge administratif, au moins en ce qui concerne l'hypothèse restreinte de ce troisième « silence abstention », ce qui serait tout à fait envisageable à l'occasion de la loi qui instituerait ce troisième type de silence.

3) La création d'une obligation de répondre à la charge de l'Administration

Enfin, il pourrait être envisageable de concevoir une obligation de répondre à la charge de l'Administration. Une telle obligation juridique pourrait être valablement fondée sur l'existence d'un droit au recours effectif devant une juridiction reconnu aux administrés. En effet, ce droit existe en vertu des articles 13 de Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et 47 de la Charte européenne des droits fondamentaux. Il est donc parfaitement envisageable de considérer que l'une des obligations qui pourraient en découler serait donc celle de l'obligation d'agir de l'Administration. Nous l'avons vu, en France, la saisine du juge administratif est conditionnée par l'obligation de la décision préalable, ainsi, il est possible d'envisager que lorsque l'Administration ne répond pas à la demande d'un administré, elle entrave l'effectivité du droit au recours effectif de l'administré concerné.

En effet, en réalité, l'exigence d'une décision préalable nécessaire à la liaison du contentieux n'est qu'une condition matérielle permettant simplement de s'assurer en amont de l'existence d'un litige. Elle constitue donc une preuve de l'existence de l'acte contesté mais pas de la réalité du litige. En d'autres termes, la règle de la décision préalable n'est pas une condition de l'existence du litige mais simplement la preuve potentielle de son existence.

---

oui, ni non (…) : ce n'est qu'un « refus de faire », une inactivité, une abstention », cité par PATRITO (P.), *Les décisions implicites de l'administration : une comparaison entre la France et l'Italie*, RFDA 2020, p. 537.

[1151] PATRITO (P.), *Les décisions implicites de l'administration : une comparaison entre la France et l'Italie*, RFDA 2020, p. 537.

De ce fait, il ne paraît pas impossible de considérer que malgré l'existence de cette règle, soutenue par celle de la décision implicite, l'Administration qui refuse de répondre contrevient à une obligation découlant du droit au recours effectif. Car pour que le recours puisse être effectif dans un système où la règle de la décision préalable existe, encore faut-il que la décision soit prise. Et comme nous avons pu le soulever, une décision implicite, si elle émane effectivement de l'Administration et constitue donc un acte essentiel et suffisant à la liaison du contentieux, elle n'est pas véritablement le fruit de l'Administration mais d'une défaillance, corrigée par la loi.

Ainsi, la création d'une telle obligation est non seulement possible d'un point de vue juridique, mais elle permettrait fonder la création d'un nouveau recours en responsabilité pour défaut de réponse, permettant de ce fait d'envisager de nouveaux pouvoirs étendus pour le juge administratif.

Quitte à considérer que la décision implicite ne pourra sans doute jamais dépasser son statut de conséquence d'un dysfonctionnement, autant permettre l'existence conjointe de la décision implicite et d'un recours en responsabilité contre le déni d'administration. Car si une décision implicite est une défaillance du système administratif dans le sens où elle n'a pas été volontairement prise, alors il est légitime d'envisager la possibilité de demander réparation de cette erreur.

L'avantage d'une telle solution réside dans le fait qu'elle neutralise potentiellement l'intérêt de la décision implicite de rejet, mais qu'elle peut tout à fait cohabiter avec la décision implicite d'acceptation dans la mesure où la question de la liaison du contentieux ne se pose plus dans les mêmes termes. En donnant ainsi moins d'importance à la décision implicite de rejet, par un effet de vases communicants, il est donné plus d'importance à son pendant positif.

Conclusion.

Aujourd'hui, le droit semble suivre la voie imposée par l'évolution de la société : chercher à aller toujours plus vite, quitte à réparer les erreurs a posteriori avec des « pansements », plutôt que de prendre plus de temps pour décider et rendre ainsi de « meilleures » décisions, du point de vue de la qualité du droit. Car c'est bien ce que provoque la décision implicite d'acceptation, surtout avec la volonté de la généraliser : l'octroi potentiel de droits sans fondements. Il est toujours possible d'arguer que ces droits auraient – la plupart du temps – été octroyés plus ou moins automatiquement, notamment lorsqu'il s'agit de demande de renouvellement d'agréments ou d'autorisations mais, à nouveau, nous soutenons que la simple existence d'un doute sur la légitimité, voire la légalité, des droits ainsi accordés – aussi anodins soient-ils – rend inacceptable cette manière de procéder. A fortiori lorsque la principale justification en est le gain de temps.

Néanmoins, comme nous avons tenté de le démontrer dans ce chapitre, un retour en arrière semble sinon impossible, au moins improbable. Il est donc nécessaire de se focaliser sur la dynamique actuelle, qui ne concerne d'ailleurs pas que la France, afin de répondre à ses exigences tout en l'adaptant à notre manière de considérer l'implicite.

D'autres pistes, plus facilement envisageables selon nous que le retour en arrière ou la disparition pure et simple de la décision implicite, méritent que l'on s'y intéresse plus en détail dans la mesure où certaines peuvent constituer un « entre-deux » permettant de contourner les insécurités générées par la généralisation du silence-acceptation, notamment l'idée visant à envisager la création d'un troisième sens au silence. Toutefois, il reste difficile de se projeter à l'heure actuelle dans la mesure où des réformes aussi profondes que celles envisagées demeurent extrêmement difficiles à mettre en place.

Finalement Charles DEBBASCH l'avait déjà compris au siècle dernier : « *l'adage "qui ne dit mot consent" ne paraît pas susceptible d'application générale en droit administratif. Une certaine lenteur est inhérente à l'action administrative. Donner une signification positive au silence de l'administration c'est donc risquer de faire prévaloir les intérêts privés sur l'intérêt général et obliger l'administration à une action précipitée pour qu'on ne puisse pas faire produire à son silence des conséquences défavorables à l'intérêt général. C'est pourquoi, en principe, le silence de l'administration équivaut au refus et ce n'est qu'exceptionnellement qu'il produit les mêmes effets juridiques qu'une acceptation* »[1152]. Cette opinion reste selon nous

[1152] DEBBASCH (Ch.), *Les modes non formels d'expression de la volonté de l'administration*, Rev. adm. 1968, p. 556.

d'une actualité évidente malgré l'écoulement de cinquante années. La mise en œuvre très mitigée de la réforme de 2013 semble pour l'instant valider l'affirmation formulée par Charles DEBBASCH, dont l'actualité risque sans doute de perdurer un certain temps encore.

Conclusion de titre

Il n'apparaît pas nécessaire, voire contre-productif aujourd'hui de chercher à lutter contre la direction prise par le droit administratif mais il est en revanche impératif de parvenir à adapter les concepts préexistants sans les rendre dangereux pour la stabilité juridique. Si la généralisation du silence-acceptation ne nous paraît pas être la meilleure solution concernant l'évolution de la décision implicite, il demeure important de chercher les pistes de réflexion permettant d'accompagner au mieux cette dynamique.

Si l'étude des systèmes étrangers a permis de démontrer une chose, c'est bien qu'il existe un malaise avec le maniement de la décision implicite d'acceptation. La volonté de généraliser ce mode de décision n'apparaît pas pouvoir être encadrée de manière satisfaisante au regard, notamment, de la sécurité juridique. La plupart du temps, on peut observer que les régimes de décision implicite positive peinent à trouver un équilibre, à tel point qu'ils finissent par restreindre au maximum le champ d'application de ce « principe ».

Il reste pourtant possible selon nous de redonner du sens à la distinction silence-rejet/silence-acceptation et de la simplifier, à condition d'accepter de repenser la fiction du silence.

Conclusion de partie

Si la réforme de 2013 n'est probablement la réponse la plus adéquate à apporter au problème de la simplification de la décision implicite, elle possède néanmoins le mérite de remettre la décision implicite au centre des débats et sert donc de moteur à une potentielle évolution en profondeur de ce mécanisme.

Il est nécessaire de repenser le silence de l'Administration au-delà des cadres traditionnels si l'on veut espérer simplifier le mécanisme un jour sans le vider de sa substance.

La distinction binaire principe/exceptions, voire celle rejet/acceptation, ne sont pas obligatoirement à remettre en question mais la possibilité doit exister dans l'esprit des réformateurs si les objectifs de simplification et de généralisation du mécanisme veulent être atteints. Il ne s'agit pas seulement de la décision implicite en réalité, mais d'un mouvement global du droit administratif à laquelle nous sommes aujourd'hui confrontés, et il est impératif de ne pas focaliser la réflexion sur un seul concept en le coupant de son contexte.

Conclusion générale

Parvenu au terme de cette étude, il convient de dresser un dernier bilan, mettant en cohérence entre elles les précédentes conclusions tirées sur les problématiques ayant pu être soulevées.

En premier lieu, il semble pertinent de mentionner le fait que l'analyse, notamment historique, de la décision implicite a permis de mieux comprendre le mécanisme non seulement dans sa logique de conception mais également, et surtout, dans son évolution et celle de sa mise en œuvre. Le constat qui est apparu avec le plus d'évidence au cours de cette recherche est celui de l'évolution non linéaire de la décision implicite. Si cela peut sembler être une découverte relativement anodine, l'impact de cette évolution sur la fiction du silence est en réalité loin de l'être ; initialement conçue de manière négative, la décision implicite de l'Administration n'a finalement pas ou très peu évolué depuis sa création en droit public français. Pendant presque 150 ans, le principe du silence-rejet a vu son champ d'application progressivement s'étendre mais n'a jamais connu de changement majeur dans sa logique d'application ou de fonctionnement. L'évolution la plus importante sur cette période a été le passage d'un délai après lequel la décision implicite naissait initialement fixé à quatre mois, à celui que l'on connaissait jusqu'en 2013, de deux mois[1153].

La rupture intervenue avec la réforme de 2013 a remis en question, sans que cela soit réellement préparé, tout l'équilibre de la décision implicite, de même que sa logique fondamentale.

C'est en réalité à l'aune de cette (r)évolution qu'il est nécessaire d'étudier aujourd'hui la fiction juridique du silence. Le peu d'intérêt suscité par la décision implicite antérieurement à la réforme de 2013 s'explique en grande partie par le fait qu'avant cette date, la décision implicite se résumait à un mécanisme de liaison du contentieux souffrant quelques exceptions extrêmement spécifiques et s'apparentait donc – passée la nouveauté de cette fiction – à un procédé technique soulevant peu de questions : la décision implicite étant majoritairement assimilée à un rejet de la demande par l'Administration, elle n'appelait pas d'analyse particulière. Quoique fictif, le rejet n'entraîne aucune modification de l'ordonnancement juridique et permet à son destinataire de saisir le juge administratif en cas de contestation ; en dehors de l'absence de formalisme, un rejet implicite possède toujours la même portée juridique qu'un rejet exprès.

[1153] Article 21 - Loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations.

Sans la réforme intervenue en novembre 2013, le présent travail n'aurait pas eu lieu d'être dans la mesure où il n'aurait rien pu apporter de neuf aux analyses déjà effectuées sur le sujet, excepté peut-être une critique approfondie de la balance entre les cas soumis au principe du silence-rejet et les exceptions à ce principe, problématique qui avait déjà été soulevée avant 2013. La mise en œuvre de la réforme de 2013 en revanche, a fortiori dans ses dispositions concernant la révision de l'article 21 de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations, lui a apporté des arguments impossibles à négliger. Non seulement, la réforme de 2013 constitue une évolution du mécanisme de la décision implicite, un prétexte qui légitime quasiment à lui seul une analyse nouvelle de cette fiction juridique, mais il s'agit surtout de la première réforme de fond du mécanisme depuis sa création.

En second lieu, il a pu être démontré que le silence de l'Administration avait changé de forme et de rôle. Plus exactement, en inversant le sens du principe « silence vaut rejet », la loi de 2013 a en quelque sorte dissocié juridiquement le sens qui pouvait être donné au silence de l'Administration.

Car si le silence-acceptation existait déjà avant 2013, ce n'était qu'à titre d'exception au principe. Et quand bien même la proportion de ces exceptions rapportée aux cas pour lesquels le silence valait effectivement rejet était déjà critiquée, le principe demeurait le rejet. En changeant ce principe, la loi change également la nature du mécanisme : la volonté première n'est plus la liaison du contentieux mais la célérité accrue de l'Administration active ; le sens positif du silence et la volonté politique de le généraliser transforment l'implicite en un mode de gestion administrative plutôt qu'en un moyen de liaison du contentieux. C'est là que se situe selon nous la distinction fondamentale entre les deux sens du silence aujourd'hui. Le parti a donc été pris de démontrer que désormais, continuer de considérer comme par le passé que le sens positif du silence de l'Administration n'était que le pendant du sens négatif constitue une erreur. Le sens positif du silence, par l'effet de la loi de 2013, a trouvé une autonomie nouvelle et se développe en suivant une voie qui lui est propre, et donc distincte de celle du silence-rejet.

Si l'idée est intéressante en elle-même, sa traduction juridique soulève beaucoup d'interrogations, à commencer par la fragilisation de l'équilibre juridique jusqu'alors préservé par le principe du silence-rejet. Si cette conséquence de la réforme de 2013 a pu passer inaperçue, cela s'explique par le fait que dans le texte, l'inversion ne semble pas si révolutionnaire. On passe d'un silence administratif valant majoritairement rejet à un silence valant majoritairement acceptation.

Sauf qu'il s'agit là d'une fausse simplicité dans la mesure où les conséquences juridiques qu'entraîne l'une ou l'autre des interprétations légales du silence de l'Administration

sont diamétralement opposées et que l'encadrement de cette transformation par les textes demeure bien trop léger, ne donnant notamment aucune garantie d'information aux tiers.

En outre, cette réforme parvient à réaliser l'exploit dangereux de complexifier encore davantage la lecture du mécanisme de l'implicite, pour les particuliers comme pour les juristes, alors même qu'elle est intervenue pour tenter de corriger les errances de cette même fiction. Cela – au-delà de la simple réforme du silence de l'Administration – interroge sur la qualité des processus d'élaboration ainsi que des études d'impact des lois en France.

Malheureusement, le mouvement dans lequel vient s'inscrire la réforme de la décision implicite est plus important que l'on peut croire et ne concerne pas uniquement la France puisqu'il est également organisé par le droit de l'Union européenne.

La solution la plus sécuritaire, qui aurait été de revenir à un principe de silence-rejet, quitte à étendre progressivement le champ d'application de la décision implicite d'acceptation, n'est dès lors plus possible étant donné les forces en mouvement. La réforme du silence de 2013 a peut-être tous les torts qu'on lui a attribués au long de cette recherche, elle constitue néanmoins l'une de ces portes qu'il est impossible de refermer. C'est en effet moins la réforme ayant inversé le sens général de la décision implicite dont il est fondamentalement question, que la réforme du droit administratif dans son ensemble.

La réforme de 2013 ne correspond finalement qu'à l'une des nombreuses ondes de choc provoquées par le pavé jeté dans la mare que représente le « choc de simplification ». Ce mouvement d'évolution du droit, et du droit public en particulier n'a pas débuté en 2013, mais ce n'est que maintenant que l'on commence à ressentir ses véritables implications ; l'évolution de la décision implicite en est l'un des meilleurs témoins. Il est seulement regrettable que la passion l'emporte sur la raison, car simplifier la décision implicite et, de manière plus large, les relations entre administrés et administrations, ne devrait pas passer par l'avènement d'un nouveau paradigme poussant finalement l'individualisation de l'administré à son paroxysme et déstabilisant par la même occasion l'équilibre construit autour de et par la notion d'intérêt général. Faire de la décision implicite d'acceptation la règle générale, même si ce n'est qu'en théorie, revient à faire des droits un acquis, et à placer *de facto* leurs sujets « au-dessus » d'eux, ce qui est aussi incohérent que dangereux. Un droit ne devrait jamais pouvoir être octroyé par défaut, et la décision implicite d'acceptation tend à déformer cette réalité dans la mesure où un droit peut naître du silence de l'Administration, sans la garantie qu'elle ait analysé la demande.

Or, l'existence d'un droit chez un administré doit absolument procéder d'un acte de volonté de la part de l'auteur de la décision octroyant ledit droit. Même pour les cas dans lesquels la compétence de l'Administration est liée, il semble nécessaire de vérifier que la situation de l'administré entre bien dans le cadre juridique. Si le silence de l'Administration vaut acceptation alors qu'il procède d'un dysfonctionnement, le droit reste néanmoins acquis par

son destinataire, même s'il est irrégulier. L'existence de ce risque n'est pas tolérable et impose, à défaut de pouvoir revenir à un état du droit antérieur, de revoir à nouveau le mécanisme de l'implicite.

Pour terminer, il est nécessaire de reconnaître à l'issue de cette recherche la valeur du silence-acceptation en tant qu'outil de modernisation de l'Administration active. Les possibilités qu'offre la décision implicite d'acceptation en termes de célérité administrative, pour peu que l'on occulte tous les défauts soulevés au cours de ce travail, sont indéniables, voire sans doute essentielles à l'adaptation de notre Administration au contexte contemporain, marqué par une augmentation exponentielle et toujours constante du volume de textes réglementaires et législatifs, et par conséquent, du volume de décisions qu'elle doit rendre, et ce malgré des politiques successives de réduction du nombre des agents publics.

Toutefois, il est impératif de revoir la décision implicite d'acceptation dans son fonctionnement et de l'encadrer davantage juridiquement afin qu'elle puisse pleinement s'exprimer dans ce rôle d'outil de modernisation, tout en participant véritablement au « choc de simplification » du droit administratif.

L'étude approfondie de ce sujet de recherche est finalement aussi l'occasion de soulever la question beaucoup plus large du rôle du droit aujourd'hui dans la construction de notre société. Faut-il que le droit subisse les influences de l'évolution de la société et s'y adapte à tout prix ou le droit doit-il, malgré son essence certes évolutive, rester un carcan relativement rigide permettant au contraire de cadrer ces influences ? Car il est difficile de nier qu'en l'espèce, avec la réforme de 2013, l'image donnée est celle de l'affichage d'une volonté politicienne de donner l'impression de réformer le système – qui est forcé de s'adapter en urgence – et non l'image d'une norme solide sur laquelle peut s'appuyer la société pour évoluer. Si le phénomène étudié ne constitue qu'un seul exemple, lequel ne peut évidemment pas fonder à lui seul une théorie, il reste que la répétition régulière des rapports et autres articles[1154] insistant sur l'urgence de simplifier le droit et la fabrication de la loi tend à conforter l'idée selon laquelle la norme juridique est aujourd'hui affaiblie. L'évolution de la décision implicite en est l'un des indicateurs les plus marquants et il convient de rectifier la tendance afin de faire de ce mécanisme une force plutôt qu'un danger.

[1154] CONSEIL D'ÉTAT, *De la sécurité juridique*, Rapport public annuel 1991, éd. La documentation française, coll. Études et documents du Conseil d'État ; BLANC (E.), *Rapport sur le projet de loi (n° 1504) habilitant le Gouvernement à simplifier le droit*, 2004 ; Loi n° 2004-1343 du 9 décembre 2004 de simplification du droit ; CONSEIL D'ÉTAT, *Sécurité juridique et complexité du droit*, Rapport public annuel 2006, éd. La documentation française, coll. Études et documents du Conseil d'État, n° 57 ; Loi n° 2011-525 du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit ; WARSMANN (J.-L.), *La simplification du droit au service de la croissance et de l'emploi*, Rapport au Président de la République, juillet 2011 ; CONSEIL D'ÉTAT, *Étude annuelle 2016 - Simplification et qualité du droit*, éd. La documentation française, coll. Les rapports du Conseil d'État, n° 67, 2016.

ANNEXES

I. Principaux textes concernant la création et l'évolution de la décision implicite avant 2013 (dans l'ordre chronologique)

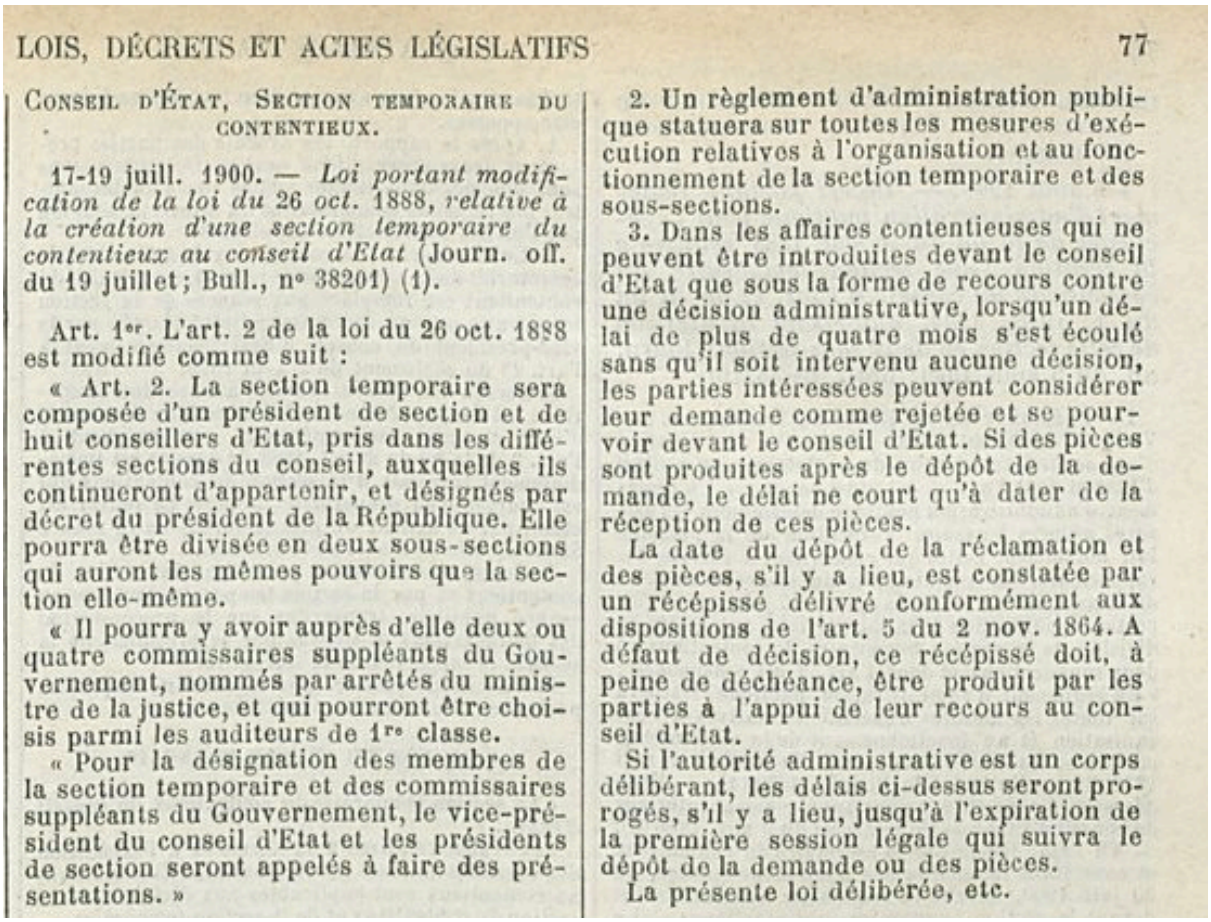
* Décret impérial du 11 novembre 1864 relatif à la procédure devant le conseil d'État en matière contentieuse et aux règles à suivre pour les ministres dans les affaires contentieuses (XI, Bull. MCCXLVIII, n. 12, 726) :

tentieuse. Ces décisions sont notifiées administrativement aux parties intéressées.

7. Lorsque les ministres statuent sur des recours contre les décisions d'autorités qui leur sont subordonnées, leur décision doit intervenir dans le délai de quatre mois à dater de la réception de la réclamation au ministère. Si des pièces sont produites ultérieurement par le réclamant, le délai ne court qu'à dater de la réception de ces pièces. Après l'expiration de ce délai, s'il n'est intervenu aucune décision, les parties peuvent considérer leur réclamation comme rejetée et se pourvoir devant le conseil d'État.

(*Source : DUVERGIER (J.-B.), Collection complète des lois, décrets, ordonnances, règlements et avis du Conseil d'État, Paris, A. Guyot et Scribe, 1824-1949, tome soixante-quatrième, spéc. p. 436*)

* Loi des 17-19 juillet 1900 n°38201 portant modification de la loi du 26 octobre 1888, relative à la création d'une section temporaire du contentieux au Conseil d'État :



LOIS, DÉCRETS ET ACTES LÉGISLATIFS 77

CONSEIL D'ÉTAT, SECTION TEMPORAIRE DU CONTENTIEUX.

17-19 juill. 1900. — *Loi portant modification de la loi du 26 oct. 1888, relative à la création d'une section temporaire du contentieux au conseil d'Etat* (Journ. off. du 19 juillet; Bull., n° 38201) (1).

Art. 1er. L'art. 2 de la loi du 26 oct. 1888 est modifié comme suit :

« Art. 2. La section temporaire sera composée d'un président de section et de huit conseillers d'Etat, pris dans les différentes sections du conseil, auxquelles ils continueront d'appartenir, et désignés par décret du président de la République. Elle pourra être divisée en deux sous-sections qui auront les mêmes pouvoirs que la section elle-même.

« Il pourra y avoir auprès d'elle deux ou quatre commissaires suppléants du Gouvernement, nommés par arrêtés du ministre de la justice, et qui pourront être choisis parmi les auditeurs de 1re classe.

« Pour la désignation des membres de la section temporaire et des commissaires suppléants du Gouvernement, le vice-président du conseil d'Etat et les présidents de section seront appelés à faire des présentations. »

2. Un règlement d'administration publique statuera sur toutes les mesures d'exécution relatives à l'organisation et au fonctionnement de la section temporaire et des sous-sections.

3. Dans les affaires contentieuses qui ne peuvent être introduites devant le conseil d'Etat que sous la forme de recours contre une décision administrative, lorsqu'un délai de plus de quatre mois s'est écoulé sans qu'il soit intervenu aucune décision, les parties intéressées peuvent considérer leur demande comme rejetée et se pourvoir devant le conseil d'Etat. Si des pièces sont produites après le dépôt de la demande, le délai ne court qu'à dater de la réception de ces pièces.

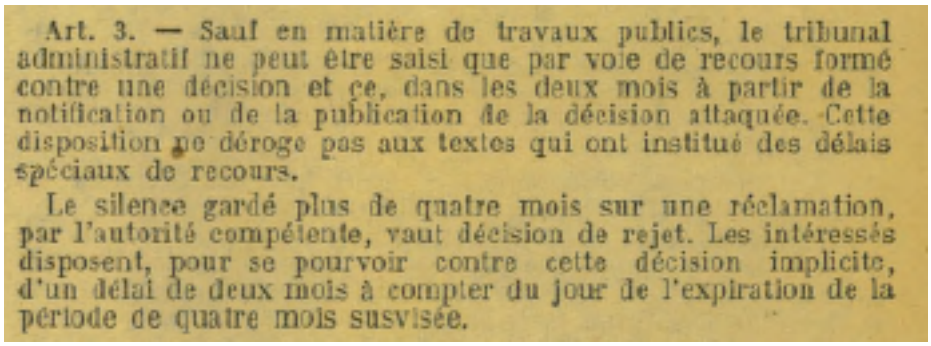
La date du dépôt de la réclamation et des pièces, s'il y a lieu, est constatée par un récépissé délivré conformément aux dispositions de l'art. 5 du 2 nov. 1864. A défaut de décision, ce récépissé doit, à peine de déchéance, être produit par les parties à l'appui de leur recours au conseil d'Etat.

Si l'autorité administrative est un corps délibérant, les délais ci-dessus seront prorogés, s'il y a lieu, jusqu'à l'expiration de la première session légale qui suivra le dépôt de la demande ou des pièces.

La présente loi délibérée, etc.

(*Source : Recueil Dalloz, IV, p. 77*)

* Décret n° 53-934 du 30 septembre 1953 portant réforme du contentieux administratif :



Art. 3. — Sauf en matière de travaux publics, le tribunal administratif ne peut être saisi que par voie de recours formé contre une décision et ce, dans les deux mois à partir de la notification ou de la publication de la décision attaquée. Cette disposition ne déroge pas aux textes qui ont institué des délais spéciaux de recours.

Le silence gardé plus de quatre mois sur une réclamation, par l'autorité compétente, vaut décision de rejet. Les intéressés disposent, pour se pourvoir contre cette décision implicite, d'un délai de deux mois à compter du jour de l'expiration de la période de quatre mois susvisée.

(*Source : JORF, 1er Octobre 1953, n° 232, p. 8593*)

* Loi n° 56-557 du 7 juin 1956 relative aux délais de recours contentieux en matière administrative :

LOI n° 56-557 du 7 juin 1956 relative aux délais de recours contentieux en matière administrative (1).

L'Assemblée nationale et le Conseil de la République ont délibéré,

L'Assemblée nationale a adopté,

Le Président de la République promulgue la loi dont la teneur suit:

Art. 1er. — Sauf en matière de travaux publics, la juridiction administrative ne peut être saisie que par voie de recours formé contre une décision et ce, dans les deux mois à partir de la notification ou de la publication de la décision attaquée.

Toutefois, les délais inférieurs à deux mois seront, à peine de nullité, mentionnés dans la notification de la décision.

Le silence gardé pendant plus de quatre mois sur une réclamation par l'autorité compétente vaut décision de rejet. Le recours contre cette décision implicite est ouvert à compter de l'expiration du délai de quatre mois susvisé.

Les intéressés disposent, pour se pourvoir contre cette décision implicite, d'un délai de deux mois à compter du jour de l'expiration de la période de quatre mois susvisée. Néanmoins, lorsqu'une décision explicite de rejet intervient dans ce délai de deux mois, elle fait à nouveau courir le délai du pourvoi.

Toutefois, en matière de plein contentieux, l'intéressé ne sera forclos qu'après un délai de deux mois à compter du jour de la notification d'une décision expresse de rejet.

La date du dépôt de la réclamation, constatée par tous moyens, doit être établie à l'appui de la requête.

Si l'autorité administrative est un corps délibérant, le délai de quatre mois précité est prorogé, le cas échéant, jusqu'à la fin de la première session légale qui suivra le dépôt de la demande.

Les dispositions du présent article ne dérogent pas aux textes qui ont introduit des délais spéciaux d'une autre durée.

(*Source : JORF, 10 juin 1956, n° 134, p. 5327*)

* Décret n° 65-29 du 11 janvier 1965 relatif aux délais de recours contentieux en matière administrative :

MINISTERE DE LA JUSTICE

Décret n° 65-29 du 11 janvier 1965 relatif aux délais de recours contentieux en matière administrative.

Le Premier ministre,

Sur le rapport du ministre d'Etat chargé des départements et territoires d'outre-mer, du garde des sceaux, ministre de la justice, et du ministre de l'intérieur,

Vu la Constitution, et notamment son article 37 ;

Vu la loi n° 56-557 du 7 juin 1956 relative aux délais de recours contentieux en matière administrative ;

Vu le décret n° 59-515 du 10 avril 1959 modifiant la procédure à suivre devant les tribunaux administratifs ;

Le Conseil d'Etat entendu,

Décrète :

Art. 1er. — Sauf en matière de travaux publics, la juridiction administrative ne peut être saisie que par voie de recours formé contre une décision, et ce, dans les deux mois à partir de la notification ou de la publication de la décision attaquée.

Le silence gardé pendant plus de quatre mois sur une réclamation par l'autorité compétente vaut décision de rejet.

Les intéressés disposent, pour se pourvoir contre cette décision implicite, d'un délai de deux mois à compter du jour de l'expiration de la période de quatre mois susmentionnée. Néanmoins, lorsqu'une décision explicite de rejet intervient dans ce délai de deux mois, elle fait à nouveau courir le délai du pourvoi.

Toutefois l'intéressé n'est forclos qu'après un délai de deux mois à compter du jour de la notification d'une décision expresse de rejet :

1° En matière de plein contentieux ;

2° Dans le contentieux de l'excès de pouvoir si la mesure sollicitée ne peut être prise que par décision ou sur avis des assemblées locales ou de tous autres organismes collégiaux.

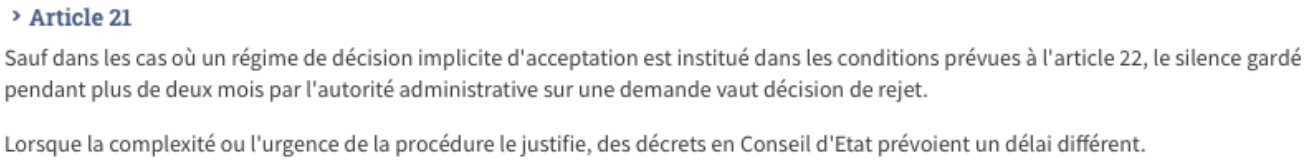
La date du dépôt de la réclamation à l'administration, constatée par tous moyens, doit être établie à l'appui de la requête.

Les dispositions du présent article ne dérogent pas aux textes qui ont introduit des délais spéciaux d'une autre durée. Lorsque ces délais sont inférieurs à deux mois, ils ne seront opposables qu'à la condition d'avoir été mentionnés dans la notification de la décision.

Pour les demandes formées devant les tribunaux administratifs de la métropole par des personnes demeurant hors de la France continentale et de la Corse, les délais fixés par l'article 73 du code de procédure civile s'ajoutent au délai de deux mois prévu aux alinéas précédents. Toutefois, ne bénéficient pas de ces délais supplémentaires les requérants qui usent de la faculté prévue par des lois spéciales de déposer leurs requêtes à la préfecture ou à la sous-préfecture.

(Source : JORF, 15 janvier 1965, n° 12, p. 404)

* Loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations (art. 21) :



(*Source : Légifrance*)

II. Liste des décrets posant les exceptions au principe du silence vaut acceptation et au délai de deux mois (*JORF, 1er novembre 2014, n° 254*)

Premier ministre

1) Décret n° 2014-1263 du 23 octobre 2014 relatif aux exceptions au délai de deux mois de naissance des décisions implicites d'acceptation sur le fondement du II de l'article 21 de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations (réutilisation des informations publiques détenues par une administration de l'État ou par un établissement public administratif de l'État).

2) Décret n° 2014-1264 du 23 octobre 2014 relatif aux exceptions à l'application du principe « silence vaut acceptation » ainsi qu'aux exceptions au délai de deux mois de naissance des décisions implicites sur le fondement du II de l'article 21 de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations (accès aux documents et informations et réutilisation des informations publiques détenus par les administrations de l'État et les établissements publics administratifs de l'État – services du Premier ministre).

3) Décret n° 2014-1265 du 23 octobre 2014 relatif à l'adaptation des textes réglementaires pour tirer les conséquences de l'entrée en vigueur du principe « silence vaut acceptation » prévu à l'article 21 de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations ainsi que des décrets pris sur le fondement de cet article.

4) Décret n° 2014-1266 du 23 octobre 2014 relatif aux exceptions à l'application du principe « silence vaut acceptation » sur le fondement du 4° du I de l'article 21 de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations ainsi qu'aux exceptions au délai de deux mois de naissance des décisions implicites sur le fondement du II de cet article (services du Premier ministre).

Ministère des affaires étrangères et du développement international

5) Décret n° 2014-1267 du 23 octobre 2014 relatif aux exceptions à l'application du principe « silence vaut acceptation » sur le fondement du II de l'article 21 de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations (ministère des affaires étrangères et du développement international).

6) Décret n° 2014-1268 du 23 octobre 2014 relatif aux exceptions à l'application du principe « silence vaut acceptation » sur le fondement du 4° du I de l'article 21 de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations (ministère des affaires étrangères et du développement international).

Ministère de l'écologie, du développement durable et de l'énergie

7) Décret n° 2014-1271 du 23 octobre 2014 relatif aux exceptions à l'application du principe « silence vaut acceptation » sur le fondement du II de l'article 21 de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations ainsi qu'aux exceptions au délai de deux mois de naissance des décisions implicites sur le fondement du II de cet article (ministère de l'écologie, du développement durable et de l'énergie).

8) Décret n° 2014-1272 du 23 octobre 2014 relatif aux exceptions à l'application du délai de deux mois de naissance des décisions implicites d'acceptation sur le fondement du II de l'article 21 de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations (ministère de l'écologie, du développement durable et de l'énergie).

9) Décret n° 2014-1273 du 30 octobre 2014 relatif aux exceptions à l'application du principe « silence vaut acceptation » sur le fondement du 4° du I de l'article 21 de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations ainsi qu'aux exceptions au délai de deux mois de naissance des décisions implicites sur le fondement du II de cet article (ministère de l'écologie, du développement durable et de l'énergie).

Ministère de l'éducation nationale, de l'enseignement supérieur et de la recherche

10) Décret n° 2014-1274 du 23 octobre 2014 relatif aux exceptions à l'application du principe « le silence vaut acceptation » sur le fondement du II de l'article 21 de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations, ainsi qu'aux exceptions au délai de deux mois de naissance des décisions implicites, sur le fondement du II de cet article (ministère de l'éducation nationale, de l'enseignement supérieur et de la recherche).

11) Décret n° 2014-1275 du 23 octobre 2014 relatif aux exceptions à l'application du délai de deux mois de naissance des décisions implicites d'acceptation prévu au II de l'article 21 de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations (ministère de l'éducation nationale, de l'enseignement supérieur et de la recherche).

12) Décret n° 2014-1276 du 23 octobre 2014 relatif aux exceptions à l'application du principe « silence vaut acceptation » sur le fondement du 4° du I de l'article 21 de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations ainsi qu'aux exceptions au délai de deux mois de naissance des décisions implicites, sur le fondement du II de cet article (ministère de l'éducation nationale, de l'enseignement supérieur et de la recherche).

Ministère de la justice

13) Décret n° 2014-1277 du 23 octobre 2014 relatif aux exceptions à l'application du principe « silence vaut acceptation », sur le fondement du II de l'article 21 de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations, ainsi qu'aux exceptions au délai de deux mois de naissance des décisions implicites, sur le fondement du II de cet article (ministère de la justice).

14) Décret n° 2014-1278 du 23 octobre 2014 relatif aux exceptions à l'application du délai de deux mois de naissance des décisions implicites d'acceptation sur le fondement du II de l'article 21 de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations (ministère de la justice).

15) Décret n° 2014-1279 du 23 octobre 2014 relatif aux exceptions à l'application du principe « silence vaut acceptation » sur le fondement du 4o du I de l'article 21 de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations ainsi qu'aux exceptions au délai de deux mois de naissance des décisions implicites sur le fondement du II de cet article (ministère de la justice).

Ministère des finances et des comptes publics

16) Décret n° 2014-1280 du 23 octobre 2014 relatif aux exceptions à l'application du principe « silence vaut acceptation » sur le fondement du II de l'article 21 de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations (ministère des finances et des comptes publics et ministère de l'économie, de l'industrie et du numérique).

17) Décret n° 2014-1281 du 23 octobre 2014 relatif aux exceptions à l'application du délai de deux mois de naissance des décisions implicites d'acceptation prévues au II de l'article 21 de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations (ministère des finances et des comptes publics et ministère de l'économie, de l'industrie et du numérique).

18) Décret n° 2014-1282 du 23 octobre 2014 relatif aux exceptions à l'application du principe « silence vaut acceptation » sur le fondement du 4° du I de l'article 21 de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations (ministère des finances et des comptes publics et ministère de l'économie, de l'industrie et du numérique).

Ministère de la défense

19) Décret n° 2014-1283 du 23 octobre 2014 relatif aux exceptions à l'application du principe « le silence vaut acceptation » sur le fondement du II de l'article 21 de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations (ministère de la défense).

20) Décret n° 2014-1284 du 23 octobre 2014 relatif aux exceptions à l'application du délai de deux mois de naissance des décisions implicites d'acceptation sur le fondement du II de l'article 21 de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations (ministère de la défense).

21) Décret n° 2014-1285 du 23 octobre 2014 relatif aux exceptions à l'application du principe « silence vaut acceptation », sur le fondement du 4° du I de l'article 21 de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations, ainsi qu'aux exceptions au délai de deux mois de naissance des décisions implicites, sur le fondement du II de cet article (ministère de la défense).

Ministère des affaires sociales, de la santé et des droits des femmes

22) Décret n° 2014-1286 du 23 octobre 2014 relatif aux exceptions à l'application du principe « silence vaut acceptation » sur le fondement du II de l'article 21 de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations (ministère des affaires sociales, de la santé et des droits des femmes).

23) Décret n° 2014-1287 du 23 octobre 2014 relatif aux exceptions à l'application du délai de deux mois de naissance des décisions implicites d'acceptation sur le fondement du II de l'article 21 de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations (ministère des affaires sociales, de la santé et des droits des femmes).

24) Décret n° 2014-1288 du 23 octobre 2014 relatif aux exceptions à l'application du principe « silence vaut acceptation » sur le fondement du 4° du I de l'article 21 de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations (ministère des affaires sociales, de la santé et des droits des femmes).

Ministère du travail, de l'emploi, de la formation professionnelle et du dialogue social

25) Décret n° 2014-1289 du 23 octobre 2014 relatif aux exceptions à l'application du principe « silence vaut acceptation » sur le fondement du II de l'article 21 de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations (ministère du travail, de l'emploi, de la formation professionnelle et du dialogue social).

26) Décret n° 2014-1290 du 23 octobre 2014 relatif aux exceptions à l'application du délai de deux mois de naissance des décisions implicites d'acceptation sur le fondement du II de l'article 21 de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations (ministère du travail, de l'emploi, de la formation professionnelle et du dialogue social).

27) Décret n° 2014-1291 du 23 octobre 2014 relatif aux exceptions à l'application du principe « silence vaut acceptation » sur le fondement du 4° du I de l'article 21 de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations (ministère du travail, de l'emploi, de la formation professionnelle et du dialogue social).

Ministère de l'intérieur

28) Décret n° 2014-1292 du 23 octobre 2014 relatif aux exceptions à l'application du principe « silence vaut acceptation » ainsi qu'aux exceptions au délai de deux mois de naissance des décisions implicites sur le fondement du II de l'article 21 de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations (ministère de l'intérieur).

29) Décret n° 2014-1293 du 23 octobre 2014 relatif aux exceptions à l'application du délai de deux mois de naissance de la décision implicite d'acceptation sur le fondement du II de l'article 21 de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations (ministère de l'intérieur).

30) Décret n° 2014-1294 du 23 octobre 2014 relatif aux exceptions à l'application du principe « silence vaut acceptation » ainsi qu'aux exceptions au délai de deux mois de naissance des décisions implicites sur le fondement du 4o du I de l'article 21 de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations (ministère de l'intérieur).

Ministère de l'agriculture, de l'agroalimentaire et de la forêt

31) Décret n° 2014-1296 du 23 octobre 2014 relatif aux exceptions à l'application du principe « silence vaut acceptation » sur le fondement du II de l'article 21 de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations ainsi qu'aux exceptions au délai de deux mois de naissance des décisions implicites d'acceptation sur le fondement du II de cet article (ministère de l'agriculture, de l'agroalimentaire et de la forêt).

32) Décret n° 2014-1297 du 23 octobre 2014 relatif aux exceptions à l'application du délai de deux mois de naissance des décisions implicites d'acceptation sur le fondement du II de l'article 21 de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations (ministère de l'agriculture, de l'agroalimentaire et de la forêt).

33) Décret n° 2014-1298 du 23 octobre 2014 relatif aux exceptions à l'application du principe « silence vaut acceptation » sur le fondement du 4o du I de l'article 21 de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations (ministère de l'agriculture, de l'agroalimentaire et de la forêt).

Ministère du logement, de l'égalité des territoires et de la ruralité

34) Décret n° 2014-1299 du 23 octobre 2014 relatif aux exceptions à l'application du principe « silence vaut acceptation » sur le fondement du II de l'article 21 de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations ainsi qu'aux exceptions au délai de deux mois de naissance des décisions implicites sur le fondement du II de cet article (ministère du logement, de l'égalité des territoires et de la ruralité).

35) Décret n° 2014-1300 du 23 octobre 2014 relatif aux exceptions à l'application du délai de deux mois de naissance des décisions implicites d'acceptation sur le fondement du II de l'article 21 de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations (ministère du logement, de l'égalité des territoires et de la ruralité).

36) Décret n° 2014-1301 du 23 octobre 2014 relatif aux exceptions à l'application du principe « silence vaut acceptation » sur le fondement du 4° du I de l'article 21 de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations (ministère du logement, de l'égalité des territoires et de la ruralité).

Ministère de la décentralisation et de la fonction publique

37) Décret n° 2014-1303 du 23 octobre 2014 relatif aux exceptions à l'application du principe « silence vaut acceptation » sur le fondement du II de l'article 21 de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations (demandes présentées par les ayants droit ou ayants cause d'agents publics ; demandes s'inscrivant dans des procédures d'accès à un emploi public)

Ministère de la culture et de la communication

38) Décret n° 2014-1304 du 23 octobre 2014 relatif aux exceptions à l'application du principe « silence vaut acceptation » sur le fondement du II de l'article 21 de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations ainsi qu'aux exceptions au délai de deux mois de naissance des décisions implicites sur le fondement du II de cet article (ministère de la culture et de la communication).

39) Décret n° 2014-1305 du 23 octobre 2014 relatif aux exceptions à l'application du délai de deux mois de naissance des décisions implicites d'acceptation sur le fondement du II de l'article 21 de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations (ministère de la culture et de la communication).

Ministère de la ville, de la jeunesse et des sports

40) Décret n° 2014-1306 du 23 octobre 2014 relatif aux exceptions à l'application du principe « silence vaut acceptation » sur le fondement du II de l'article 21 de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations (ministère de la ville, de la jeunesse et des sports).

41) Décret n° 2014-1307 du 23 octobre 2014 relatif aux exceptions à l'application du délai de deux mois de naissance des décisions implicites d'acceptation sur le fondement du II de l'article 21 de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations (ministère de la ville, de la jeunesse et des sports).

42) Décret n° 2014-1308 du 23 octobre 2014 relatif aux exceptions à l'application du principe « silence vaut accord » sur le fondement du 4° du I de l'article 21 de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations ainsi qu'aux exceptions au délai de deux mois de naissance des décisions implicites sur le fondement du II de cet article (ministère de la ville, de la jeunesse et des sports).

BIBLIOGRAPHIE

DICTIONNAIRES

ALLAND (D.) et RIALS (S.), *Dictionnaire de la culture juridique*, coll. Quadridge - Dicos Poches, 4ème éd., P.U.F. 2012, 1640 p.

CENTRE NATIONAL DE RESSOURCES TEXTUELLES ET LEXICALES (CNRTL), dictionnaire disponible à l'adresse suivante : http://www.cnrtl.fr/.

CHAGNOLLAUD (D.) (dir.), *Dictionnaire des droits fondamentaux*, Paris, Dalloz, 2006, 750 p.

COLLECTIF, *Le grand Larousse illustré*, Larousse, éd. 2021, 2112 p.

CORNU (G.) (dir.), Vocabulaire juridique, Association Henri Capitant, PUF, coll. « Quadrige Dicos
poche », 12e éd., 2018, 1104 p.

VAN LANG (A.), GONDOUIN (G.), INSERGUET-BRISSET (V.), *Dictionnaire de droit administratif*, Sirey, 7ème éd. 2015, 516 p.

TRAITÉS, MANUELS, OUVRAGES JURIDIQUES ET RECUEILS DE DÉCISIONS

AFDA, *Les droits publics subjectifs des administrés*, LexisNexis, coll. Colloques et débats, 2011, 238 p.

ALIBERT (R.), *Le contrôle juridictionnel de l'administration au moyen du recours pour excès de pouvoir,* Paris, Payot, 1926, 391 p.

ALTINDAG (S.), *La concurrence fiscale dommageable – la coopération des États membres et des autorités communautaires*, L'Harmattan, 2009, 438 p.

APPLETON (J.), *Traité élémentaire du contentieux administratif : compétence, juridictions, recours*, Dalloz, 1927, 681 p.

AUBY (J.-B.), *Codification of Administrative Procedure*, coll. Administrative Law/Droit Administratif, Bruxelles, Bruylant 2014, 432 p.

AUBY (J.-M.) et DRAGO (ROLAND), *Traité de contentieux administratif*, t. 3, Paris, LGDJ 1962, n° 1274 et s., 421 p.

BÉCHILLON, (D.), *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, éd. Odile Jacob, Paris 1997, 300 p.

BLANCO (F.), *Contentieux administratif*, PUF, 2019, 784 p.

BONNARD (R.), *Précis de droit administratif*, LGDJ, 4e éd., 1943, 786 p.

BRAIBANT (GUY), *Le droit administratif français*, 4ème éd., Les presses de Sciences Po., 1997, 574 p.

BRETEL (H.), *Principes directeurs de l'élaboration des actes : actes privés, procéduriers, réglementaires, etc*, Paris, Sirey, 1927.

BRIMO (A.), *Réflexions sur le temps dans la théorie générale du Droit et de l'État*, in *Mélanges offerts à P. Hébraud*, Université des Sciences sociales de Toulouse, 1981, pp. 145 et s.

BROYELLE (C.), *Contentieux administratif*, LGDJ, 8ème éd., 2020, 540 p.

CARBONNIER (J.), *Essais sur les lois*, Répertoire du notariat Defrénois, Paris, 1995, 176 p.

CARBONNIER (J.), *Flexible droit*, Paris, LGDJ, 2001, 496 p.

CARPANO (E.), *État de droit et droits européens*, L'Harmattan, 2005, 662 p.

CHAPUS (R.), *Droit administratif général*, tome 1 et 2, 15e éd., Paris, Monchrestien 2001, 1427 p. et 787 p.

CHAPUS (R.), *Droit du contentieux administratif*, Montchrestien, 13ème éd., 2008, 1560 p.

CHEVALLIER (J.), *L'État post-moderne*, LGDJ, coll. Droit et société, 5ème éd., 2017, 328 p.

CHRÉTIEN (P.), CHIFFLOT (N.) et TOURBE (M.), *Droit administratif*, Sirey, 17ème éd., 2020, 946 p.

COLLECTIF, *Performance et droit administratif*, coll. Colloques et Débats, Litec LexisNexis, sous la direction de Nathalie Albert, 306 p.

DRAÏ (R.), *Science administrative, éthique et gouvernance*, Librairie de l'Université d'Aix 2002, 415 p.

DUVERGIER (J.-B.), *Collection complète des lois, décrets, ordonnances, règlements, et avis du Conseil d'État 1824-1949*, t. 64, Paris 1864, 567 p.

EISENMANN (CH.), *Cours de droit administratif*, t. 1 et 2, coll. Anthologie du Droit, L.G.D.J. 2014, 787 p. et 908 p.

FOILLARD (Ph.), *Droit administratif*, Larcier, 19ème éd., 2015, 486 p.

FRIER (P.-L.) et PETIT (J.), *Droit administratif*, LGDJ, 14ème éd., 2020, 800 p.

FROMONT (M.), *Droit administratif des États européens*, Paris, PUF, 2006, coll. Thémis, 362 p.

GAUDEMET (Y.), *Droit administratif*, LGDJ, 23ème éd., 2020, 652 p.

GOHIN (O.) et POULET (F.), *Contentieux administratif*, LGDJ, 10ème éd, 2020, 640 p.

GONOD (P.), MELLERAY (F.), YOLKA (PH.), *Traité de droit administratif,* t. 1 et 2, coll. Traités Dalloz, Dalloz 2011, 842 et 722 p.

GOURNAY (B.), *Introduction à la science administrative*, Presses de la Fondation Nationale des Sciences Politiques, 1978, 313 p.

GUYOMAR (M.) et SEILLER (B.), *Contentieux administratif*, 5ème éd., 2019, 660 p.

HAURIOU (M.), *Précis de droit administratif*, Dalloz, 12ème éd. (rééd.), 2002, 1150 p.

HOSTIOU (R.), *Procédure et formes de l'acte administratif unilatéral en Droit français*, t. 119, LGDJ 1974, 354 p.

KELSEN (H.), *Théorie générale des normes*, Beaud Olivier et Malkani Fabrice (trad.), Paris, PUF, coll. Léviathan, 1996, 604 p.

KELSEN (H.), *Théorie pure du droit*, Bruxelles/Paris, Bruylant/LGDJ, 1999, 376 p.

LACHAUME (J.-F.), PAULIAT (H.), BRACONNIER (S.) et DEFFIGIER (C.), *Droit administratif. Les grandes décisions de la jurisprudence*, PUF, 17ème éd., 2020, 1044 p.

LAFERRIÈRE (E.), *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, 2 vol., Berger-Levrault, 1887-1888, 2e éd. 1896, réédition LGDJ 1989, 724 p. et 709 p.

LE BOT (O.), *Contentieux administratif,* Bruylant, 7ème éd., 2020, 376 p.

LEBRETON (G.), *Droit administratif général*, Dalloz, 10ème éd., 2019, 620 p.

LEGENDRE (P.), *Trésor historique de l'État en France. L'Administration classique*, Paris, Fayard, 1992, 638 p.

LOMBARD (F.), DUMONT (G.) et SIRINELLI (J.), *Droit administratif*, Dalloz, 13ème éd., 2019, 696 p.

MARTIAL-BRAZ (N.), TERRYN (F.), *Le silence saisi par le droit privé*, IRJS Editions, coll. Bibliothèque de l'Institut de la Sorbonne, Tome 54, 2014, 268 p.

MARTIN DE LA MOUTTE (J.), *L'acte juridique unilatéral : essai sur sa notion et sa technique en droit*, Paris, Sirey, 1951, 343 p.

MAURIN (A.), *Droit administratif*, Sirey, 12ème éd., 2020, 430 p.

MICHOUD (L.), *Étude sur le pouvoir discrétionnaire de l'administration*, LGDJ 1913, 118 p.

MILLARD (E.), *Théorie générale du droit*, Dalloz, Paris 2006, 136 p.

MORAND (Ch.-A.), *Le droit néo-moderne des politiques publiques*, LGDJ, Paris 1999, 224 p.

MORAND-DEVILLER (J.), BOURDON (P.), POULET (F.), *Droit administratif*, LGDJ, 16ème éd., 2019, 868 p.

MORET-BAILLY (J.), TRUCHET (D.), *Pour une autre déontologie des juristes*, PUF, 2014, 104 p.

MORET-BAILLY (J.), TRUCHET (D.), *Droit des déontologies*, PUF, 2016, 460 p.

MUSCAT (H.), *Le droit français de la responsabilité publique face au droit européen*, L'Harmattan, 2001, 512 p.

ODENT (R.), *Contentieux administratif*, Dalloz, 2007, 1064 p.

OST (F.) et VAN DE KERCHOVE (M.), *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Presses de l'Université Saint-Louis, Bruxelles, 2002, 598 p.

PACTEAU (B.), *Traité de contentieux administratif*, PUF, 2008, 648 p.

PERELMAN (Ch.), *Droit, morale et philosophie*, 2ème éd. revue, LGDJ, 1976, 205 p.

PERELMAN (Ch.), *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*, Dalloz, 1976, 194 p.

PLANIOL (M.) et RIPERT (G.), *Traité pratique de droit civil français*, tome VI, Obligations, première partie, avec le concours de P. Esmein, LGDJ, 1930, 1003 p.

PLESSIX (B.), *Droit administratif général*, LexisNexis, 3ème éd., 2020, 1770 p.

PORTALIS (J.), *Discours préliminaire du premier projet de Code civil*, prononcé le 21 janvier 1801, éd. Confluences, 2004, 78 p.

POUSSON (J.) (dir.), RUEDA (F.) (dir.), *Qu'en est-il de la simplification du droit ? Actes du colloque des 26 et 27 novembre 2009*, LGDJ 2010, 359 p.

PUIGSERVER (F.), *Le droit de l'administration*, coll. Les grands concours, LGDJ, 2012, 828 p.

RENDERS (D.), *La consolidation législative de l'acte administratif unilatéral*, Bruylant L.G.D.J. 2003, t. 39, 492 p.

RICCI (J.-C.) et al., *Droit administratif des obligations*, Sirey, 1ère éd., 2018, 624 p.

RIPERT (G.), *La Règle morale dans les obligations civiles (1925)*, 4ème éd., LGDJ, 1949, rééd. 2013, 424 p.

ROUAULT (M.-C.), *Droit administratif et institutions administratives*, Larcier, 6ème éd., 2020, 550 p.

ROUGEVIN-BAVILLE (M.), DENOIX DE SAINT MARC (R.) et LABETOULLE (D.), *Leçons de droit administratif*, Hachette, 1989, 639 p.

SEILLER (B.), *Droit administratif,* tome 2, Flammarion, 7ème éd., 2018, 384 p.

SIREY (J.-B.), *Recueil général des lois et des arrêts*, Journal du Palais, Pandectes françaises périodiques, volume 8, 1810, p. 11 (arrêt Cour de cassation du 5 janvier 1810).

STIRN (B.) et AGUILA (Y.), *Droit public français et européen*, Dalloz, 3ème éd., 2021, 712 p.

THUILLIER (G.), *Histoire de l'administration française*, PUF, coll. Que sais-je ?, 1994, 128 p.
TIMSIT (G.), *Archipel de la norme*, PUF, Paris 1997, 252 p.

TOULLIER (CH. B. M.), *Le droit civil français, suivant l'ordre du Code, ouvrage dans lequel on a taché de réunir la théorie à la pratique*, t. 10, éd. Cousin-Danelle, 1812, p. 53 et s.

TRUCHET (D.), *Droit administratif*, PUF, 8ème éd., 2019, 520 p.

VEDEL (G.), *Droit administratif*, coll. Thémis, 5e éd., PUF 1973, 902 p.

VIGOUROUX (Ch.), *Déontologie des fonctions publiques 2013 - 2014, droits, obligations, garantie, discipline*, 2ème éd., Dalloz, Paris, 2012, 731 p.

VIVIEN (A.-F.), *Études administratives*, 3ème éd., Librairie de Guillaumin, 1859, 514 p.

WALINE (J.), *Droit administratif*, Dalloz, 28ème éd., 2020, 850 p.

WALINE (M.), *Droit administratif*, Sirey, XVI, 9ème éd, 1963, 934 p.

WEIL (P.) et POUYAUD (D.), *Le droit administratif*, Que Sais-je ?, 2017, 128 p.

WELTER (H.), *Le contrôle juridictionnel de la moralité administrative*, Paris, Sirey, 1929, 513 p.

THÈSES ET MÉMOIRES UNIVERSITAIRES

AKSOYLU (Ö.), L*a conciliation par le juge de la légalité et de la sécurité juridique : comparaison franco-turque*, thèse Paris I, 2011, 457 p.

BARRAULT (J.), *Essai sur le rôle du silence créateur d'obligation*, thèse Dijon, 1912, 161 p.

BLANCO (F.), *Pouvoirs du juge et contentieux administratif de la légalité*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2010, 694 p.

BOUSSARIE (T.), *La codification de la procédure administrativ*e, Mare & Martin, coll. « Bibliothèque des Thèses », 2020.

BOUSTA (R.), *Essai sur la notion de bonne administration en droit public*, coll. Logiques juridiques, L'Harmattan 2010, 466 p.

CALMES (S.), *Du principe de protection de la confiance légitime en droits allemand, communautaire et français*, Nouvelle bibliothèque des thèses, Dalloz 2001, 728 p.

CAMGUILHEM (B.), *Recherche sur les fondements de la responsabilité sans faute en droit administratif*, Paris, Dalloz, Coll. Nouvelle bibliothèque de Thèses, tome 132, 2014, 520 p.

CANALI (L.), *Les contentieux climatiques contre les entreprises : bilan et perspectives*, HAL archives ouvertes, projet de thèse Aix-Marseille, 2018, publié en ligne : https://hal-amu.archives-ouvertes.fr/hal-02106564/document**.**

CHAPUS (R.), *Responsabilité publique et responsabilité privée. Les influences réciproques des jurisprudences administrative et judiciaire*, Paris, LGDJ 1954, 582 p.

CHÂTEAU-GRINE (M.), *La motivation des décisions du juge administratif*, thèse Nantes, 2018, dact., 606 p.

CHERMAK-FELONNEAU (M.), *Les fictions juridiques en droit pénal*, thèse Paris 2, en cours de préparation depuis 2018.

CHEVALIER (E.), *Bonne administration et Union européenne*, coll. Droit administratif, Bruylant, 2014, 521 p.

CHEVALLIER (J.), *L'Élaboration historique du principe de séparation de la juridiction administrative et de l'administration active*, LGDJ, coll. Anthologie du droit, 2015, 324 p.

CHRISTOPHER (Ch.), *Le juge administratif, juge administrateur*, thèse Toulouse, 2003, dact., 632 p.

COMBRADE (B.-L.), *L'obligation d'étude d'impact des projets de loi*, Paris, Dalloz, 2017, coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », vol. 163, 492 p.

CORDIER-OUDOT (L.), *Le Conseil d'État et la simplification du droit*, thèse Besançon, 2012, dact., 431 p.

COSTA (D.), *Les fictions juridiques en droit administratif*, Paris, LGDJ, 2000, 614 p.

CROUZATIER-DURAND (F.), *La fin de l'acte administratif unilatéral*, coll. Logiques juridiques, L'Harmattan, 2003, 434 p.

DALIL (B.), *Le droit administratif face au principe de la sécurité juridique*, thèse Nanterre, 2015, 431 p.

DEFOORT (B.), *La décision administrative*, thèse Paris II, LGDJ 2015, 679 p.

DEKKERS (R.), *La fiction juridique : étude de droit romain et de droit comparé*, Paris 1935, Recueil Sirey, 248 p.

DELAUNAY (B.), *L'amélioration des rapports entre l'administration et les administrés. Contribution à l'étude des réformes administratives entreprises depuis 1945*, LGDJ, coll. « BDP », t. 172, 1993, 1003 p.

DESPRAIRIES (A.), *La décision implicite d'acceptation en droit administratif français*, thèse Paris I, 2019, dact., 599 p.

D'HAËM (R.), *Le juge unique administratif*, thèse Paris 2, 2001, dact., 841 p.

DIENER (P.), *Le silence et le droit (Essai sur le silence en droit privé)*, thèse Bordeaux I, 1975, dact., 587 p.

DI QUAL (L.), *La compétence liée*, LGDJ, 1964, 626 p.

DORLENCOURT-DETRAGIACHE (D.), *Contribution à une théorie de la carence en droit administratif français*, t.1 à 3, Paris II, 1972, 1224 p.

DUMONT (G.), *La citoyenneté administrative*, Thèse Paris II, 2002, 744 p.

ÉVEILLARD (G.), *Les dispositions transitoires en droit public français*, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque des thèses, vol. 62, 2007, 988 p.

FAIVRE (C.), *La décision implicite de l'administration en droit public français*, thèse Savoie, 2004, 453 p.

FALLON (D.), *L'abstention de la puissance publique et la garantie des droits fondamentaux*, thèse Toulouse, Presse Universitaire de Toulouse 2014, 528 p.

FAVOREU (L.), *Du déni de justice en droit public français*, Paris, LGDJ, 1962, 582 p.

FOULQUIER (N.), *Les droits publics subjectifs des administrés. Émergence d'un concept en droit administratif français du XIXème au XXème siècles*, Paris, Dalloz, 2003, coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », vol. 25, 805 p.

GALLARDO (J.-M.), *Le pouvoir discrétionnaire de l'administration et le juge de l'excès de pouvoir*, thèse Pau, 2002, dact., 523 p.

GALLO (C.), *La décision administrative conditionnelle*, Dalloz, coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », vol. 184, 2019, 494 p.

GONOD (P.), *Édouard Laferrière, un juriste au service de la République*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque de Droit Public », t. 190, 1997, 446 p.

GOUTTENOIRE (R.), *Le silence de l'administration*, Paris, P. Bossuet, 1932, 254 p.

GUIAVAR'CH (G.), *Abstention et obligation d'agir en droit public*, Rennes I, 2 tomes, 1995, 597 p.

HAMIDOU (M.), *L'obligation d'agir des personnes publiques*, thèse Toulouse I, dact., 2005, 539 p.

ISAAC (G.), *La procédure administrative non contentieuse*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque de Droit Public », t. 79, 1968, 732 p.

JAULNEAU (E.), *La subjectivisation du droit : Étude de droit privé*, thèse Orléans, 2007, 712 p.

JEANNENEY (J.), *Les lacunes constitutionnelles*, Dalloz, coll. « Nouvelle Bibliothèque des Thèses », vol. 154, 2016, 782 p.

JENNEQUIN (A.), *L'implicite en droit administratif*, thèse Lille II, 2007, dact., 497 p.

KOUTOUPA-RENGAKOS (E.), *Le Pouvoir discrétionnaire de l'administration interventionniste en droit français*, thèse Paris 1, 1987, dact., 569 p.

LABAYLE (J.), *La décision préalable, condition de formation du contentieux administratif*, thèse Paris 1907, XI-302 p.

LASSALLE (J.), *Le principe de bonne administration en droit communautaire*, thèse Paris 2, 2008, dact., 795 p.

LAVEISSIÈRE (J.), *Le silence de l'Administration*, thèse Bordeaux, 1979, 618 p.

LEROYER (A.-M.), *Les fictions juridiques*, t.1, Paris, 1995, 619 p.

LIVET (P.), *L'autorisation administrative préalable et les libertés publiques*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de Droit Public », t. 117, 1974, 334 p.

MAILLOT (J.-M.), *La théorie administrativiste des principes généraux du droit. Continuité et modernité*, Paris, Dalloz, 2003, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 26, 766 p.

MARTY (N.), *La notion de bonne administration*, thèse Montpellier 2007, dact., 692 p.

MAUGER (F.), *Les pouvoirs implicites en droit administratif français*, thèse Paris 2, 2013, dact., 336 p.
MINDU (P.), *La règle de la décision administrative préalable*, thèse Rennes I, 1977, 391 p.

MONNIER (M.), *Les décisions implicites d'acceptation de l'administration*, thèse Paris, 1992, LGDJ, 203 p.

MONTANÉ DE LA ROQUE (P.), *L'inertie des pouvoirs publics*, Toulouse, Imprimerie Moderne, 1948, 546 p.

NORMAND (P.), *Recherche sur le caractère discrétionnaire de l'élaboration des actes réglementaires*, Paris, 1968, 417 p.

PARINET (P.), *La carence de l'Administration*, thèse Tours, 2017, 592 p.

PARRICAL DE CHAMMARD (J.), *Le recours contre le déni d'administration*, Paris, Larose 1911, 118 p.

PIAZZON (TH.), *La sécurité juridique*, thèse Paris II, Defrénois, 2009, 638 p.

POLUBOCSKO (N.), *L'inaction administrative*, thèse Paris II, dact., 1999, 525 p.

RAIMBAULT (PH.), *Recherche sur la sécurité juridique en droit administratif français*, LGDJ, 2009, 688 p.

RENAULT (J.), *Des actes discrétionnaires*, thèse Paris, éd. A. Pedone, 1899, 132 p.

TAMZINI (W.), *Recherches sur la doctrine de l'administration*, thèse Paris 1, éd. L'Harmattan, coll. Logiques Juridiques, 2013, 690 p.

TRUCHET (D.), *Les fonctions de l'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'État*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque de Droit Public », t. 125, 1977, 394 p.

VAN LANG (A.), *Juge judiciaire et juge administratif*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque de Droit Public », t. 183, 1997, 333 p.

VENEZIA (J.-C.), *Le pouvoir discrétionnaire*, thèse Paris, LGDJ 1959, 176 p.

VOLPELLIÈRE (Y.), L'obligation de résultat de l'Administration, thèse Montpellier, 2015, dact., 476 p.

WELTER (H.), *Le contrôle juridictionnel de la moralité administrative. Étude de doctrine et jurisprudence*, Paris, Sirey, 1929, 513 p.

WICKER (G.), *Les fictions juridiques : contribution à l'analyse de l'acte juridique*, thèse Perpignan, 1994, LGDJ 1996, XIV-441 p.

FASCICULES

BOUSTANY (LARA), *La demande préalable*, Répertoire de la responsabilité de la puissance publique, Dalloz, mars 2016 (actualisation : novembre 2017).

DELVOLVÉ (P.), *L'acte administratif (extrait du répertoire de contentieux administratif)*, Paris, Sirey, 1983, 294 p.

DUBOIS (J.-P.), *Pouvoir discrétionnaire*, Répertoire de contentieux administratif, Dalloz, juillet 2015.

DUBOIS (J.-P.), *Responsabilité pour faute*, Répertoire de la responsabilité de la puissance publique , Dalloz, 2014 (actualisation : octobre 2020), n^{os} 84-89.

GAZIER (F.), *Procédure administrative contentieuse : principes généraux*, Répertoire du contentieux administratif, Dalloz, octobre 1998 (actualisation : juin 2012).
GENEVOIS (B.) et GUYOMAR (M.), *Principes généraux du droit : panorama d'ensemble*, Répertoire de contentieux administratif, Dalloz, juin 2017.

GENEVOIS (B.) et GUYOMAR (M.), *Principes généraux du droit : principes de philosophie politique*, Répertoire de contentieux administratif, Dalloz, octobre 2018.

GENEVOIS (B.) et GUYOMAR (M.), *Principes généraux du droit : principes de technique juridique*, Répertoire de contentieux administratif, Dalloz, octobre 2018.

MOLINIER (J.), *Principes généraux (Eur.)*, Répertoire de droit européen, Dalloz, mars 2011 (actualisation : janvier 2019).

PELISSIER (G.), *Recours pour excès de pouvoir : conditions de recevabilité*, Répertoire du contentieux administratif, Dalloz, janvier 2010 (actualisation : mai 2018).

SEILLER (B.), *Acte administratif : identification – Notions*, Répertoire de contentieux administratif, juillet 2020, n^{os} 10-23.

TRUCHET (D.), *Recours administratif*, Répertoire du contentieux administratif, Dalloz, octobre 2000 (actualisation : avril 2017).

VIALA (A.), *Droits fondamentaux (Garanties procédurales)*, *in* D. CHAGNOLLAUD (dir.), *Dictionnaire des droits fondamentaux*, Paris, Dalloz, 2006, pp. 287-288.

ARTICLES ET CONTRIBUTIONS DE MÉLANGES

ARRIGHI DE CASANOVA (J.), « Les habits neufs du juge administratif », in *Mélanges D. Labetoulle*, Dalloz, 2007, p. 11.

ARTUR (E.), « Séparation des pouvoirs et séparation des fonctions de juger et administrer », RDP 1900, 1902, 1903 (t. XII, XIV, XVII).

AUBY (J.-B.), « Les difficultés du traitement du silence administratif », Droit Administratif, n° 8-9, 2014, repère 8.

AUBY (J.-M.), « L'obligation gouvernementale d'assurer l'exécution des lois », JCP 1953. I. 1080.

AZOULAI (L.), « Le principe de bonne administration », in J.-B. Auby, J. Dutheil de la Rochère (dir.), *Droit administratif européen*, Bruxelles, Bruylant 2007, p. 493-518.

BAILLEUL (D.), « Les nouvelles méthodes du juge administratif », AJDA 2004, p. 1626.

BALLANDRAS-ROZET (CH.), « Réflexions sur la dimension morale du détournement de pouvoir », AJDA 2007, p. 2236.

BARDOU (G.), « Pouvoir d'injonction et exécution des décisions de justice », RFDA 2015, p. 452.

BARRAUD (B.), « De la sécurisation par la banalisation : étude critique des dernières évolutions législatives de la fonction publique contractuelle », AJFP 2013, p. 143.

BARTHÉLÉMY (J.), « Sur l'obligation de faire ou de ne pas faire et son exécution forcée dans le droit public », RDP 1922, p. 505.

BARTOLUCCI (M.), « Le pouvoir d'injonction du juge administratif revisité par les circonstances exceptionnelles de la crise sanitaire du Covid-19 », Les Petites affiches, 17 juillet 2020, n° 154b5, p. 9.

BENEZRA (G.), « Le silence de l'Administration : les vicissitudes de la réglementation française », La Revue administrative, 20^{e} année, n° 119 (septembre octobre 1967), pp. 540-546.

BENSAMOUN (A.), « Précisions sur la place du silence en droit », Recueil Dalloz, 2006, p. 1025.

BELRHALI-BERNARD (H.), « Obligation de moyens et obligation de résultat en droit administratif français », in *La responsabilité administrative*, Paris, LexisNexis, coll. Colloques et Débats, Travaux de l'AFDA, n°6, 2013.

BELRHALI (H.) et JACQUEMET-GAUCHÉ (A.), « Trop ou trop peu de responsabilité ? Deux voix critiquent deux voies », AJDA 2018, p. 2056.

BIGOT (G.), « Les mythes fondateurs du droit administratif », RFDA 2000, pp. 527-536.

BIQUET (CH.), « Les fictions en droit », Hanyang Law Review 2013, 30(1), pp. 275-305.

BLANC (PH.), « Le silence du juge », RDP 2012, n°4, p. 1133.

BLANCO (F.), « L'injonction avant l'injonction ? L'histoire des techniques juridictionnelles apparentées à l'injonction », RFDA 2015, p. 444.

BONICHOT (J.-C.), « Où en est la science administrative ? », AJDA 2003, p. 961.

BONNARD (R.), « Les droits publics subjectifs des administrés », RDP, 1932, pp. 695 et s.

BOUCHENÉ-LEFER (A.-G.-D.), « Distinction de l'autorité et de la juridiction administrative, ou du contentieux administratif », in *Revue pratique du Droit français*, 1864, t. 17, pp. 432 et s, surtout 436.

BOUFFARD (P.) et THERY (J.-F.), « Étude sur les autorisations tacites », EDCE n°31, 1979-1980, p. 289.

BOULOUIS (J.), « Quelques observations à propos de la sécurité juridique, Du droit international au droit de l'intégration", Liber amicorum, Pierre Pescatore, Nomos Verlag, 1987, p. 53.

BOURDON (P.), « La recevabilité du recours dirigé contre une élection administrative », AJDA 2014, p. 722.

BRACONNIER (S.), « Les arrêtés municipaux anti-coupures d'eau : une réponse juridique inadaptée a un problème social réel », AJDA 2005, p. 644.

BRACONNIER (S.), CASSIA (P.), GONOD (P.), PETIT (J.), PLESSIX (B.), SEILLER (B.), *«* Le silence de l'administration vaudra acceptation : big bang ou trou noir juridique ? », JCP G, n° 51, 2013, p. 1324.

BROYELLE (C.), « De l'injonction légale à l'injonction prétorienne : le retour du juge administrateur », DA, mars 2004, p. 8.

BUI-XUAN (O.), « Les secrets de l'administration », RDP 2012, n°4, p. 1119.

BURGUBURU (J.), « Annulation du retrait d'une décision créatrice de droits : quelles conséquences ? », AJDA 2018, p. 2020.
CAIDEN (G. E.), « What Really Is Public Maladministration? », *Public Administration Review*, vol. 51, no. 6, 1991, pp. 486–493. Ressource en ligne : *JSTOR*, www.jstor.org/stable/976599.

CAILLOSSE (J.), « Le droit néo-moderne des politiques publiques », Compte-rendu sur : Morand Charles-Albert, coll. « Droit et Société », 1999, in *Droit et société*, n°42-43, 1999, Justice et Politique (II), pp. 511-519.

CAILLOSSE (J.), « La révision générale des politiques publiques et la question de l' "usager" », RFDA 2013, p. 499.

CASSIA (P.), « La décision implicite en droit français », JCP A 2009, n° 27, p. 2156.

CASSIA (P.), « Silence de l'Administration : le choc de "complexification" », Recueil Dalloz 2015, p. 201.

CESARO (F.), « La sécurité juridique et l'identification de la loi applicable », Droit Social 2006, p. 734.

CHALTIEL (F.), « Le principe de sécurité juridique et le principe de légalité. Développements récents », AJDA 2009, p. 1650.

CHAPUS (R.), « L'administration et son juge : ce qui change », EDCE, 1991, n° 43, p. 264.

CHEVALLIER (J.), « L'élaboration historique du principe de séparation de la juridiction administrative et de l'administration active », Revue internationale de droit comparé, 1970, 22-4, pp. 787-790.

CHEVALLIER (J.), « L'interdiction pour le juge administratif de faire acte d'administrateur », AJDA 1972, p. 67.

CHEVALLIER (J.), « Les droits du consommateur usager de services publics », Droit social, 1975, pp. 75-88.

CHEVALLIER (J.), « Réflexions sur l'idéologie de l'intérêt général », in *Variations autour de l'idéologie de l'intérêt général*, PUF 1978, pp. 11-45.

CHEVALLIER (J.), « Les fondements idéologiques du droit administratif français », in *Variations autour de l'idéologie de l'intérêt général*, Vol. 2, PUF 1979, pp. 3-57.

CHEVALLIER (J.), « L'idéologie des fonctionnaires : invariance et/ou changement », in *Discours et idéologie*, PUF 1980, pp. 3-53.

CHEVALLIER (J.) et LOSCHAK (D.), « Rationalité juridique et rationalité managériale dans l'administration française », RFAP 1982, p. 679 et s.

CHEVALLIER (J.), « L'administration face au public », in *La communication administration-administrés*, PUF 1983, pp. 13-60.

CHEVALLIER (J.), « L'ordre juridique », in *Le droit en procès*, PUF 1983, pp. 7-49.

CHEVALLIER (J.), « Figures de l'usager », in *Psychologie et science administrative*, PUF 1985, pp. 35-69.

CHEVALLIER (J.), « Le mythe de la transparence administrative », PUF 1988, pp. 239-275.

CHEVALLIER (J.), « La dimension symbolique du principe de légalité », RDP, 1990, n° 6, pp. 1651-1678.

CHEVALLIER (J.), « La politique française de modernisation administrative », in *L'État de droit*, Mélanges Braibant, Dalloz 1996, p. 69 et s.

CHEVALLIER (J.), « L'accélération de l'action administrative », *in* Ph. Gérard, F. Ost et M. Van de Kerchove (dir.), *L' accélération du temps juridique*, Bruxelles, Faculté Universitaire Saint-Louis, 2000, 931 p., spéc. p. 469–508.

CHEVALLIER (J.), « La transformation de la relation administrative : mythe ou réalité ? (à propos de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations) », Recueil Dalloz 2000, p. 575.

CHEVALLIER (J.), « Le droit administratif vu de la science administrative », AJDA 2013, p. 401.

CHEVALLIER (J.), « Déclin ou permanence du mythe de l'intérêt général ? », in *L'intérêt général, Mélanges en l'honneur de D. Truchet*, Dalloz, 2015, pp. 83-93.

CLAVERIE (B.), « Généralisation du principe silence vaut acceptation », JCP A 2015, n°49, 2357.

CLAVERIE (B.), « Décisions tacites des collectivités territoriales et de leurs établissements : un nouveau décret sur le silence », JCP A 2016, n° 21, p. 3.

CLAVERIE (B.), « Retrait et abrogation des actes administratifs : un nouveau régime à compter du 1er juin 2016 », JCP A 2016, n° 22, p. 4 et s.

CLAVERIE (B.), « Silence vaut acceptation, alerte décret n° 2016-677 du 25 mai 2016 », JCP A 2016, n° 22, p. 4 et s.

COLLECTIF, « La contractualisation en droit public : bilan et perspectives », actes de colloque, RFDA 2018, p. 201.

CONNIL (D.), « Czabaj, encore et toujours... ou presque », AJDA 2018, p. 1790.

CONSEIL D'ÉTAT, « Cycle d'études Droit du travail et droit de la fonction publique in Colloque inaugural Dynamiques normatives et jurisprudentielles », 17 janvier 2014 intervention de J.-M. Sauvé.

CONSEIL D'ÉTAT, « L'obligation du maire d'user de son pouvoir de police spéciale pour mettre fin a un empiètement sur la voie publique », AJCT 2011, p. 195.

CONSTANTINESCO (V.), « De « NIMBY » à « BANANA » ou les vicissitudes de l'intérêt général… », in *L'intérêt général*, *Mélanges en l'honneur de D. Truchet*, Dalloz, 2015, pp. 105-113.

CROZIER (M.), « Crise et renouveau dans l'administration française », Sociologie du travail, éd. Seuil, 1966, 8-3 (*L'administration face aux problèmes du changement*), pp. 227-248.

DARCY (G.), « La décision exécutoire, esquisse méthodologique », AJDA 1994, p. 663.

DEBBASCH (CH.), « Les modes non formels d'expression de la volonté de l'administration », La Revue administrative, 21ème année, n°125, septembre-octobre 1968, pp. 555-559.

DEBBASCH (CH.), « Le temps et l'administration : vers une chrono-administration ? », R.F.A.P., n° 23, juillet-sept. 1982, p. 481 et s.

DE BRIANT (V.), « Le silence éloquent de l'administration — La « révolution administrative » du silence valant acceptation », AJ Collectivités Territoriales 2015, p. 67.

DE CHAISEMARTIN (A.), « De Dame Lamotte à Danthony (Le principe de légalité est-il encore d'intérêt général ?) », in *L'intérêt général, Mélanges en l'honneur de D. Truchet*, Dalloz, 2015, pp. 115-118.

DEFFIGIER (C.), « Carence fautive dans l'exercice d'une activité de contrôle de nature à engager la responsabilité de l'État », AJDA 2003, p. 1122.

DEFOORT (B.), « Les paradoxes du contentieux des actes administratifs unilatéraux : à propos de quelques arrêts récents », RFDA 2018 p.1071.

DEGUERGUE (M.), « L'usager victime », RFDA 2013, p. 477.

DEGUERGUE (M.), « Le silence de l'Administration en droit administratif français », Les Cahiers de droit, vol. 56, n° 3-4, Septembre-Décembre 2015, pp. 389-410.

DE LABAUDÈRE (A.), « Le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire dans la jurisprudence récente du Conseil d'État », in *Mélanges offerts à Marcel Waline, Le juge et le droit public*, tome 2, Paris, LGDJ, 1974, p. 531.

DELAUNAY (B.) et al., « Chronique de l'administration », RFAP 2015/1 (N° 153), p. 237-280.

DELAUNAY (B.), « Obligation de moyens et obligation de résultat et l'effectivité des droits », in M. Deguergue (dir.), *Le juge administratif et l'effectivité des droits*, Publications de la Sorbonne.

DELUMEAU (J.), « Le sentiment de sécurité dans l'Histoire", Les Cahiers de la sécurité intérieure, IHESI, La doc Fr., janvier 1990, pp. 19- 26.

DELVOLVÉ (P.), « Droits publics subjectifs des administrés et subjectivisation du droit administratif », *in Les droits publics subjectifs des administrés*, LexisNexis, 2011, p. 3.

DELVOLVÉ (P.), « Recours pour excès de pouvoir et droits subjectifs », in *La conscience des droits. Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Costa*, Dalloz, 2011, p. 220.

DELVOLVÉ (P.), « Le silence en droit public », RDP 2012, n°4, p. 1171.

DENOIX DE SAINT-MARC (R.), « Le silence de l'Administration », in I.F.S.A., Droits et attentes des citoyens, la Documentation française, 1998, 149 p., spéc. pp. 123-129.

DEROSIER (J.-PH.), « La nouvelle règle « silence vaut acceptation » si rarement applicable », JCP A 2014, n°45, 2305.

DIDIER (J.-P)., « Une fonction publique sans fonctionnaires ? », JCP Administrations et Collectivités territoriales, n° 17, 26 Avril 2011, p. 2170.

DOUMBÉ-BILLÉ (S.), « Commentaires sur Conseil d'État, 1er juin 1984 Fédération des associations de lutte contre les nuisances des avions (FALMA) et autres (Req. n° 9085, 9086 et 10.259) », Revue Juridique de l'Environnement, n°2, 1984. pp. 148-166.

DRAGO (R.), « Un nouveau juge administratif », in *Mélanges Jean Foyer*, PUF, 1997, p. 451.

DUGUIT (L.), « Les doctrines juridiques objectivistes », Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger, octobre-novembre-décembre 1927, pp. 5-41.

DUMONT (G.), « La loi ESSoC, révolution ou involution ? », AJDA 2018, p.1815.

DUTHEIL DE LA ROCHÈRE (J.), « Le principe de légalité », AJDA 1996, p. 161.

DUTHEILLET DE LAMOTHE (L.) et ODINET (G.), « Délai de recours : point trop n'en faut », AJDA 2018, p. 1629.

DUTHEILLET DE LAMOTHE (O.), « Les juges face au silence du droit », RDP 2012, n°4, p. 1055.

DYENS (S.), « Le recours "Tarn-et-Garonne" : quand la sécurité juridique prime sur la légalité », AJCT 2014, p. 375.

ÉVEILLARD (G.), « Intelligibilité et simplification du droit », RFDA 2013, p. 713.

ÉVEILLARD (G.), « Décision implicite d'acceptation : l'application dans le temps de la loi du 12 novembre 2013 », Droit Administratif 2014, comm. 8.

ÉVEILLARD (G.), « La codification des règles de retrait et d'abrogation des actes administratifs unilatéraux », AJDA 2015, p. 2474

ÉVEILLARD (G.), « Principe de sécurité juridique et application dans le temps des règles relatives aux délais de prescription », AJDA 2015, p. 880.

FERCHICHE (N.), « La complexité croissante du droit des étrangers et la simplification de leur accès au droit », in *La simplification du droit* (dir. Jean-Marie Pontier), PUAM, 2006, pp. 197-220.

FERMEAUD (L.), « Le référé-liberté et la carence de l'Administration », RFDA 2014, p. 531.

FERRARI (P.), « Les droits des citoyens dans leur relation avec l'Administration », AJDA 2000, p. 471.

FLUCKIGER (A.), « Pourquoi respectons-nous la soft law ? », Revue européenne des sciences sociales. [En ligne] : http://journals.openedition.org/ress/68

FORIERS (P.), « Présomption et fiction », in *Les présomptions et les fictions en droit*, Travaux du centre national de recherche logique, Établissements Émile Bruylant, 1974, p. 7-26.

FRIEDRICH (C.), « Le référé-liberté en carence de l'administration », RDP 2018, n° 5, p. 1297.

GAUDEMET (Y.), « Le juge administratif, futur administrateur ? », *in Le juge administratif à l'aube du XXI^e siècle*, Presses universitaires de Grenoble, 1995, p. 179.

GAZAGNES (PH.), « La médiation administrative », AJDA 2018, p.2334.

GENEVOIS (B.), « La jurisprudence du Conseil constitutionnel. Principes directeurs », STH 1988, 406 p.

GOLIARD (F.), « Les cours d'eau : entre droit de propriété et droits d'usage. L'exemple français », Les Cahiers de droit, Volume 51, n° 3-4, 2010, p. 637-658.

GONOD (P.), « Codification de la procédure administrative : la fin de l' "exception française" ? », AJDA 2014, p. 395.

GONOD (P.), « Le silence de l'administration : bref aperçu de quelques solutions étrangères », RFDA 2014, p. 43.

GUILLEMARD (S.) (dir.) et RAINVILLE (P.) (dir.), « Le silence », Les Cahiers de droit, vol. 56, numéro 3-4, septembre–décembre 2015, p. 229-741.

GRZEGORCZYK (CH.), « La rationalité de la décision juridique », APD 1978, t. 23, p. 237.

GUYOMAR (M.), « Les perspectives de la codification contemporaine », AJDA 2014, p. 400.

HART (H.L.A.), « L'importance des définitions en droit », in *Le positivisme juridique*, coll. La pensée juridique moderne, LGDJ 1992, p. 90.

HERRERA (C.-M.), « Georges Ripert en politique », *Droits*, vol. 65, n° 1, 2017, pp. 181-199.

HUGLO (J.-G.), « Dossier : Le principe de sécurité juridique », Cahiers du Conseil constitutionnel, n°11, décembre 2001. [En ligne] : https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/le-principe-de-clarte-de-la-loi-ou-l-ambiguite-d-un-ideal.

JACQUÉ (J.-P.), « Le droit à une bonne administration dans la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », Revue française d'administration publique, 2011/1-2 (n° 137-138), pages 79 à 83, spéc. p. 79.

JANICOT (L.), « Les silences du jugement », RDP 2012, n°4, p. 1064.

JEANGIRARD-DUFAL (C.), « Le juge administratif et l'injonction : expérience de vingt années d'application », RFDA 2015, p. 461.

JESTAZ (PH.), « Source délicieuse… (Remarques en cascades sur les sources du droit) », RTD Civ., 1993, pp. 73 et s.

JÈZE (G.), « Essai d'une théorie générale de l'abstention en droit public », RDP 1905, p. 759.

JONASON (P.), « Les débats sur la réforme de la procédure administrative en Suède », *in Droit comparé de la procédure administrative / Comparative Law of Administrative Procedure*, de Jean-Bernard AUBY, Bruylant, 2016, p. 937-946.

KESSEDJIAN (C.), « Le temps du droit au XXI siècle – Compatibilité avec la codification ? », Les Cahiers de droit 2005, volume 46 (n° 1-2), p. 547–560.

KNACK (S.) & MANNING (N.), « Towards Consensus on Governance Indicators : Selecting Public Management and Broader Governance Indicators », Banque mondiale, 2000

KORNPROBST (B.), « La compétence liée », RDP 1961, p. 935.

LABETOULLE (D.), « Principe de légalité et principe de sécurité », in *L'État de droit*, *Mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, Dalloz 1996, p. 407.

LABETOULLE (D.), « De l'astreinte à l'injonction : retour sur une évolution », RFDA 2015, p. 456.

LAÉ (J.-F.), « Les règles du silence en droit », Revue Ethnologie française, vol. 32, 2002/1, pp. 61-67.

LAFAIX (J.-F.), « Le sens du silence », RDP 2012, n°4, p. 1032.

LAFERRIÈRE (J.), « Le recours contre le silence de l'Administration », Revista de Drept Public, 1930, pp. 297-335.

LANTERO (C.), « Le silence est décrété ! », JCP G 2014, n° 46-47, 1168.

LANTERO (C.) et LIVENAIS (Y.), « 2018 : L'année Czabaj », Revue générale du droit (en ligne), 2018, numéro 29955 (www.revuegeneraledudroit.eu/?p=29955).

LATOURNERIE (M.-A.), « La portée juridique du silence de l'administration en droit français ». Repéré sur le site : http://www.comitasgentium.com/fr/devenirauteur4/item/163-la-portee-juridique-du-silence-de-l-administration-en-droit-francais.

LAVAINE (M.), « Aux origines de la décision implicite de rejet », RDP 2014, n°5, p. 1241.

LESSI (J.), DUTHEILLET DE LAMOTHE (L.), « Être ou ne pas être un contrat », AJDA 2015, p. 1413.

LETOURNEUR (M.), « L'apparition de nouveaux éléments subjectifs dans le recours pour excès de pouvoir », EDCE, 1953, n° 7, p. 66.

LIET-VEAUX (G.), « Évolution aberrante de la procédure du silence », La Revue Administrative, 17e année, n°99 (mai-juin 1964), pp. 253-260.

MALHIÈRE (F.), « L'autorité du silence », RDP 2010, n°3, p. 729.

MANKOU (M.), « Du principe de bonne administration au droit à la bonne administration : contribution à une problématique de la bonne administration en droit communautaire », *Cahiers de l'Institut de recherche européenne de droit économique*, Contributions de droit européen, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 2002, vol. 2, p. 5-46.

MATHIEU (B.), « Réflexion en guise de conclusion sur le principe de sécurité juridique », Cahiers du Conseil constitutionnel n°11, décembre 2011.

MAZEAUD (A.), « La sécurité juridique et les décisions du juge », Droit Social 2006, p. 744.

MELLERAY (F.), « L'obligation de prendre des mesures de police administrative initiales », AJDA 2005, p. 71

MESCHERIAKOFF (A.-S.), « La place du médiateur dans les institutions françaises : un bilan de 10 ans d'existence », RFAP, 1983, p. 533.

MESMIN D'ESTIENNE (J.), « Le refus du contrôle d'opportunité : un mythe à déconstruire ? », RFDA 2016, p. 545.

MOLFESSIS (N.), « La sécurité juridique et la jurisprudence vue par elle-même », RTD Civ., 2000, p. 666.

MONOT-FOULETIER (M.), « Le silence de l'administration française : ambitions et limites de la Loi du 12 novembre 2013 », Les Cahiers de droit, volume 56, n° 3-4, p. 525-543.

MORANGE (G.), « Valeur juridique des principes contenus dans les Déclarations des Droits », RDP 1945, p. 229.

MOREAU (D.), « Faire face à l'augmentation continue des recours à moyens constants. Questions à David Moreau, secrétaire général adjoint du Conseil d'État chargé des juridictions administratives », AJDA 2016, p. 2068.

MORVAN (P.), « Le principe de sécurité juridique : l'antidote au poison de l'insécurité juridique ? », Droit Social, 2006, p. 707.
PANCHAUD (A.), « La décision administrative. Étude comparative », Revue internationale de droit comparé, vol. 14, n° 4, octobre-décembre 1962, pp. 677-697.

PARISIO (V.), « Procédure administrative et silence de l'administration publique en Italie : à la recherche d'un difficile équilibre entre célérité et légalité », in *Confluences : Mélanges en l'honneur de Jacqueline Morand-Deviller*, Monchrestien 2007, 968 p.

PASTOR (J.-M.), « La jurisprudence Czabaj s'applique aux recours contre les autorisations d'urbanisme », AJDA 2018, p. 2212.

PATRITO (P.), « Les décisions implicites de l'administration : une comparaison entre la France et l'Italie », RFDA 2020, p. 537.

PAULIAT (H.), « Le silence gardé par l'administration vaut acceptation : un principe en trompe-l'oeil ? », JCP A 2013, n°38, act. 737.

PAUTI (M.), « Les décisions implicites d'acceptation et la jurisprudence administrative », RDP 1975, p. 1525.

PERRIN (A.), « Le renforcement de l'obligation d'agir des autorités de police », AJDA 2015, p. 2277.

PERRIN (A.) et VIDAL-NAQUET (A.), « Quel droit à l'erreur ? », AJDA 2018, p.1837.

PETIT (J.), « L'Administration face au silence », RDP 2012, n°4, p. 1104.

PHILIPPON (TH.), « Le retrait des actes administratifs individuels créateurs de droits », (Source : https://www.village-justice.com/articles/retrait-des-actes-administratifs-individuels-createur-droits,28783.html).

PLESSIX (B.), « Le droit à l'erreur et le droit au contrôle », RFDA 2018, p.847.

PONTIER (J.-M.), « Brèves remarques sur la simplification du droit », in *La simplification du droit* (dir. Jean-Marie Pontier), PUAM, 2006, pp. 7-15.

PORTIER (C.), « Le contentieux climatique en droit français : quel(s) fondement(s), quelle(s) responsabilité(s) ? », Revue juridique de l'environnement, 2020/3 (Volume 45), pp. 465-473.

POTTIER (X.), « L'acceptation de l'instance par l'administration : un Lazare doctrinal définitivement mort ? », AJDA 2008, p. 1696.

POULET (F.), « La justice administrative de demain selon les décrets du 2 novembre 2016. Quelles avancées, quels reculs ? », AJDA 2017, p. 279.

POUPEAU (D.), « Le silence de l'administration vaut accord, sauf si… », Dalloz actualité, 05 novembre 2014.

PRÉTOT (X.), « La sécurité juridique et les décisions de l'Administration du travail », Droit Social, 2006, p. 753.

RENDERS (D.) et GORS (B.), « Origine et contours des principes généraux de bonne administration en droit belge », RFDA 2012, p. 763.

REVERT (M.), « Quel délai pour contester la décision implicite de ne pas abroger une mesure d'expulsion ? », AJDA 2018, p. 2120.

RIBES (D.), « Le nouveau principe "silence de l'administration vaut acceptation" », AJDA 2014, p. 389.

RIPERT (G.), « Droit naturel et positivisme juridique *», Annales de la Faculté de droit d'Aix*, nouvelle série, n° 1, 1918, Paris, rééd. Dalloz, 2012, 274 p.

RIVERO (J.), « Le juge administratif français : un juge qui gouverne ? », Dalloz, 1951, Chronique VI, p. 23-24.

ROMAN (D.), « L'usager vulnérable », RFDA 2013, p. 486.

SABOURIN (P.), « Recherches sur la notion de maladministration dans le système français », AJDA 1974, p. 403.

SEILLER (B.), « Les validations préétablies, stade ultime du dérèglement normatif », AJDA 2005., p. 2384.

SEILLER (B.), « Pourquoi ne rien voter quand on peut adopter une loi inutile ? — Loi n° 2007-1787 du 20 décembre 2007 relative à la simplification du droit. JO 21 déc. 2007, p. 20639 », AJDA 2008, p. 402.

SEILLER (B.), « Droits publics subjectifs des administrés et transformations contemporaines du contentieux », *in Les droits publics subjectifs des administrés*, LexisNexis, 2011, p. 191.

SEILLER (B.), « L'usager, acteur du contentieux », RFDA 2013, p. 509.

SEILLER (B.), « Quand les exceptions infirment (heureusement) la règle : le sens du silence de l'administration », RFDA 2014, p. 35.

SEILLER (B.), « La sortie de vigueur des actes administratifs », RFDA 2016, p. 58.

SIMON (D.), « L'usage des concepts élastiques dans la jurisprudence internationale : impressionnisme ou réalisme ? », *in* Rechtsvergleichung, Europarecht und Staatenintegration. Gedächtnisschriht für Léontin-Jean Constantinesco, Cologne, Carl Heymanns Verlag KG, 1983, p. 707.

SIMON (D.), « Le principe de « bonne administration » ou la « bonne gouvernance » concrète, in Le droit de l'Union européenne en principes. Liber amicorum en l'honneur de Jean Raux », Rennes, Apogée 2006, p. 155-176.

SIMON (D.), « L'intérêt général national vu par les droits européens », in *L'intérêt général, norme constitutionnelle ?*, sous la direction de B. MATHIEU et M. VERPEAUX, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, avril 2007, 108 p.

SIRINELLI (J.), « La subjectivisation du recours pour excès de pouvoir », RFDA 2016, p. 529.

SOLER-COUTEAUX (P.), « Sur les conséquences de l'annulation du retrait d'une décision créatrice de droits », RDI 2018, p. 511.

SOLÈRE (J.-L.), *Silence et philosophie*, Revue philosophique du Louvain, 2005, 103-4, pp. 613-637.

SORBARA (J.-G.), « Le silence de l'administration », RDP 2012, n°4, p. 1078.

STRUILLOU (Y.), « Les conditions de retrait d'une décision implicite d'acceptation », AJDA 2006, p. 2394.

TESOKA (L.), « Principe de légalité et principe de sécurité juridique en droit administratif français », AJDA 2006, p. 2214.

TIMSIT (G.), « Compétence liée et principe de légalité », D. 1964, Chron. p. 217.

TIRFINE (P.), « Le droit administratif », Revue générale du droit 2013, numéro 4203 (en ligne)

TOUBLANC (A.), « La nécessité de simplifier le droit », in *La simplification du droit* (dir. Jean-Marie Pontier), PUAM, 2006, pp. 17-24.

TOUZEIL-DIVINA (M.), « Travaillisation ou privatisation des fonctions publiques », AJFP, 5/2010, p. 228.

TRUCHET (D.), « Office du juge et distinction des contentieux : renoncer aux "branches" », RFDA, 2015, p. 657.

TULKENS (FR.), « Accélération du temps et sécurité juridique : poison et contre-poison ? », in Ph. Gérard, F. Ost et M. Van de Kerchove (dir.), *L' accélération du temps juridique*, Bruxelles, Faculté Universitaire Saint-Louis, 2000, 931 p., spéc. note 16, p. 469.

VAN LANG (A.), « La privatisation de l'usager », RFDA 2013, p. 494.

VAUTROT-SCHWARZ (Ch.), « Avons-nous encore besoin de la théorie du pouvoir discrétionnaire ? », in *L'intérêt général, Mélanges en l'honneur de D. Truchet*, Dalloz, 2015, pp. 639-650.

VERKINDT (P.-Y.), « La sécurité juridique et la confection de la loi », Droit Social, 2006, p. 720.

VIDAL-NAQUET (A.), « Le droit du silence », RDP 2012, n°4, p. 1089.

VIALETTES (M.) et BARROIS (C.), « Le projet d'un code des relations entre le public et les administrations », AJDA 2014, p. 402.

VILLENEUVE (J.-P.), « Citoyens, clients et usagers face à l'administration publique : Les balises d'une relation difficile », Working paper de l'IDHEAP 2005, n°6.

VILLENEUVE (P.), « Silence vaut acceptation (SVA) pour les collectivités territoriales », JCP A 2015, n°49, p. 2356.

WIENER (C.), « La motivation des décisions administratives en droit comparé », Revue internationale de droit comparé, vol. 21 n°4, octobre-décembre 1969. pp. 779-795.

WOEHRLING (J.-M.), « Un aspect méconnu de la gestion administrative : la régularisation des procédures et décisions illégales », RFDAP 2004/3, n° 111, pp. 533-545.

ZARCA (A.), « Les limites du pouvoir d'injonction », RFDA 2015, p. 650.

CONCLUSIONS ET NOTES DE JURISPRUDENCE

CONCLUSIONS

AGUILA (Y.), concl. sur CE Ass., 24 mars 2006, *Sté KPMG et autres*, RFDA 2006, p. 473.

COSTA (E.), concl. sur TA Cergy-Pontoise, 10 juillet 2014, *M. Abdelkader T.*, n°1109251, AJDA 2015, p. 114, note H. BELRHALI-BERNARD.

GENTOT (M.), concl. sur CE Ass., 7 mai 1971, *Min. de l'Economie et Ville de Bordeaux c/ SASTRE*, n° 74669 et 74977.

LETOURNEUR (M.), concl. sur CE Ass., 28 mai 1954, *Barel*, R.D.P. 1954, p. 519.

ROBERT (CH.) sur CE, 21 juillet 1864, *Académie des Beaux-Arts*, Rec. 680.

TOUTÉE (H.), concl. sur CE, Ass., 17 février 1995, *Commission nationale des comptes de campagne et des financements politiques c/ MM. Aillaud, Cotten, Schwartzenberg et Touati*, Rec. p. 75 ; AJDA, 1995, p. 223.

NOTES DE JURISPRUDENCE

CE, 4 août 1905, *Finet*, et 7 août 1905, *Zill-Desilles et Ducreux*, S. 1906-3-1, note M. HAURIOU.

CE, 23 janvier 1931, *Dame et Dlle Garcin*, *R.D.P.,* 1931, p. 608 ; S. 1931-3-107, note R. BONNARD.

CE Ass., 27 février 1970, *Commune de Bozas*, p. 139, AJ 1970, p. 225, chron. R. DENOIX DE SAINT MARC et D. LABETOULLE, JCP 1970, n° 16340, note M. C.

CE, 30 décembre 2011, *M. Renard*, req. nº 330959, Lebon T. 1140 ; AJDA 2012, p. 7, obs. GRAND ; AJDA 2012, p. 891, note N. BARUCHEL et H. BELRHALI-BERNARD.

CAA Bordeaux, 24 janvier 2013, *Épx Molin*, req. nº 10BX02881, AJDA 2013, p. 749, note DE LA TAILLE.

CAA Nantes, 22 mars 2013, *Cne de Tréduder*, req. nº 12NT00342, et TA Rennes, 12 avril 2013, *Dpt des Côtes-d'Armor*, req. nº 1004000 , AJDA 2013, p. 1758, note H. BELRHALI-BERNARD.

CAA Bordeaux, 5 novembre 2013, *Cne de Graulhet*, req. nº 13BX01069, AJDA 2014, p. 484.

CAA Nantes, 21 juillet 2014, req. nº 12NT02416, AJDA 2014, p. 2286.

RAPPORTS DU CONSEIL D'ÉTAT ET AUTRES RAPPORTS GÉNÉRAUX

CONSEIL D'ÉTAT, *La sécurité juridique et la complexité du droit*, Rapport public 2006, La Documentation Française, 400 p.

CONSEIL D'ÉTAT, *Le contrat, mode d'action publique et de production de normes*, Rapport public 2008.

CONSEIL D'ÉTAT, L'application du nouveau principe « silence de l'administration vaut acceptation », Les Études du Conseil d'État, 2014, 150 p.

CONSEIL DE L'EUROPE, La mutation de l'administration en Europe: le service public en péril ?, Assemblée Parlementaire, Rapport 6 juin 2014 (doc. 13529).

DGAFP, *L'encadrement supérieur et dirigeant dans les trois versants de la fonction publique*, février 2015. Rapport en ligne : https://www.fonction-publique.gouv.fr/lencadrement-superieur-et-dirigeant-dans-trois-versants-de-la-fonction-publique.

DGEF, *Rapport annuel 2018*, [En ligne] : https://www.immigration.interieur.gouv.fr/Info-ressources/Documentation/Rapports-publics/Les-rapports-au-Parlement-article-L.-111-10-du-code-de-l-entree-et-du-sejour-des-etrangers-et-du-droit-d-asile-CESEDA.

TORRE-SCHAUB (M.), *Les dynamiques du contentieux climatique - Usages et mobilisations du droit pour la cause climatique*, Rapport final de recherche suite à la Convention de recherche n° 217.04.27.09 du 14 avril 2017, publié en ligne en décembre 2019 (http://www.gip-recherche-justice.fr/wp-content/uploads/2020/01/17.05-RF-contentieux-climatiques.pdf)

RAPPORTS ET DOCUMENTS PARLEMENTAIRES

ALTHAPÉ (L.), *Rapport d'information n°265 (1999-2000), fait au nom de la commission des affaires économiques*, déposé le 15 mars 2000.

AMOUDRY (J.-P.), *Rapport n° 218 : Amélioration des relations administration-public*, 19 février 1997.

FOURAGE (H.), *Rapport n° 1342 AN sur le projet d'habilitation du gouvernement à simplifier les relations entre l'administration et les citoyens*, 2012.

LAMBERT (A.) et BOULARD (J.-C.), *Rapport de la mission de lutte contre l'inflation normative*, 2013, p. 89, [En ligne], [www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/134000199.pdf] (5 août 2015).

TARDY (L.), *Proposition de loi n° 3730 relative à l'effectivité et à l'efficacité du principe du « silence de l'administration vaut accord »*, enregistrée le 10 mai 2016.

WARSMANN (J.-L.), *Simplifions nos lois pour guérir un mal français - Rapport au Premier ministre*, La documentation Française, coll. des rapports officiels, 2009, 238 p.

DISCOURS ET DOCUMENTS ADMINISTRATIFS

HOLLANDE (F.), *Intervention liminaire du président de la République lors de la conférence de presse du jeudi 16 mai 2013*. Repéré sur le site de l'Élysée : http://www.elysee.fr/declarations/article/intervention-liminaire-du-president-de-la-republique-lors-de-la-conference-de-presse/

SAUVÉ (J.-M.), *L'avenir du modèle français de droit public en Europe*, Propos introductifs au colloque sur *L'avenir du modèle français de droit public en Europe* organisé le 11 mars 2011.

ENTRETIENS

Entretien avec François DESIMON, Conseiller au Tribunal administratif de Nantes, réalisé le 2 décembre 2020.

Entretien avec Benjamin CHABERNEAU, Premier conseiller et rapporteur public au Tribunal administratif de Nantes, réalisé le 11 février 2020.

Entretien avec Karim SAMJEE, Chef de bureau des Affaires juridiques du Service des retraites de l'État, réalisé le 28 novembre 2019.

Entretien avec Cécile VAN WUIJCKHUIJSE, Chef de section du Service des pensions et validations des retraites de l'État, réalisé le 25 novembre 2019.

Entretien avec Gaël JOUHIER, Adjoint au chef de bureau des Affaires juridiques du Service des retraites de l'État, réalisé le 28 novembre 2019.

Entretien avec Julien DETAIS, Adjoint au chef de bureau des Invalidités du Services des retraites de l'État, réalisé le 28 novembre 2019.

Entretien avec Anne BOURLET, Directrice juridique à Nantes Métropole, réalisé le 16 février 2017.

Entretien avec Erwan L'HELGOUALCH, Directeur-adjoint de la Direction des Études et de La Vie Universitaire de Nantes, réalisé le 11 janvier 2017.

INDEX ALPHABÉTIQUE

A

Abrogation · 154

Abstention · 18-21, 57-65, 197-208

Accélération · 165, 220

- notion · 165 et s., 196, 220 et s., 279, 350-360, 376, 381 et s.

Accusé de réception · 153 et s., 237, 312, 353

Administration :

- de l'État · 35, 97, 227

- des collectivités territoriales · 31 et s., 74, 97, 151, 240, 255-263, 275, 368

- juridictionnelle · 131

- notion (d') · 30

Administré :

- protection (des) · 98, 110

Agent public :

- contractualisation · 294 et s.

- relation aux usagers · 93

Agrément :

- notion (d') · 69, 222, 232 et s., 343, 356 et s.

Attestation · 353-357, 380 et s.

Autorisation d'urbanisme :

- permis de construire · 70, 84et s., 91 et s., 122 et s., 231, 348

- de lotissement · 83

B

Bonne administration · 168-195, 211 et s., 235 et s., 368 et s.

C

Carence

- notion (de) · 16, 32 et s., 61 et s., 193-204, 336 et s.

Célérité · 36 et s., 233 et s., 303-311, 358-367, 379 et s., 439

Charte de l'environnement · 116

Charte des droits fondamentaux · 172

Citoyen · 286

Citoyen administratif · 284 et s., 391

Confiance légitime · 161-165, 176 et s., 194

Consultation · 72, 82, 257, 286

Contradictoire (principe) · 129 et s.

Contrat · 117 et s., 190 et s., 261, 300

Contrôle d'opportunité · 268, 322, 405 et s.

D

Décision administrative (notion) · 27 et s.

Décision individuelle · 127, 146 et s.

Décision préalable · 42-48, 389-404, 412, 419, 432 et s.

Défenseur des droits · 92 et s., 312, 346

Délai d'instruction :

- raisonnable · 157 et s., 194-196, 347 et s.

Délai d'instruction · 84, 279

Délai de recours · 63 et s., 100 et s., 123 et s., 150-159, 307 et s., 353

Demande · 51, 111, 334, 355

Demandeur · 18, 153 et s., 351 et s., 382 et s.

Déni d'administration · 32, 88 et s., 98, 242 et s., 289 et s., 404.

Déni de justice · 49, 75

Déontologie · 185-191

Directive européenne · 358

Dossier · 237, 280, 308 et s.

Droit acquis · 134 et s., 264, 322, 392 et s.

Droits de la défense · 129 et s.

E

Établissement public · 275, 354, 399

Exception (notion d') · 23, 85, 114, 127, 334

F

Fiction juridique (notion de) · 19-44, 72-78, 111-121

Fracture numérique · 92

H

Hiérarchie des normes · 129, 178, 246, 395

I

Illégalité · 124, 181 et s.

Inertie (notion d') · 16

Intérêt général · 269 et s.

Intérêts particuliers · 171 et s., 269 et s., 281-291

Intérêts privés · 269

L

Lacune · 38 et s., 35 et s., 376 et s.

Lenteur administrative (notion de) · 171, 379

M

Motifs · 106 et s.

Motivation de la décision · 102 et s.

O

Objectif à valeur constitutionnelle · 374

P

Permis de construire, de démolir · 84 et s., 122 et s., 386 et s.

Pièces du dossier · 106, 130, 262
Pouvoir discrétionnaire · 60 et s., 197-214, 407 et s.

Préambule de la Constitution de 1946 · 117

Prérogative de puissance publique · 31, 192, 391 et s.

Présomption (théorie de la) · 19 et s.

Principe à valeur constitutionnelle · 113-117

Principe de légalité · 120-132, 148-155, 165 et s., 179 et s., 200 et s., 317 et s., 404-410, 416, 418 et s.

Principe directeur · 120 et s., 166 et s.

Principe général du droit · 127 et s., 162 et s.

Public · 391

R

Réclamation · 311 et s.

Recours pour excès de pouvoir · 385 et s., 425 et s.

Recours, administratif · 339 et s.

Recours, contentieux · 61 et s., 123 et s., 150 et s.

Retrait · 126, 154

S

Sécurité juridique · 120 et s.

Simplification, Choc (de) / Réforme (de) · 231 et s., 333 et s., 352, 367 et s.

Subjectif (droit) · 160 et s., 412 et s.

T

Tiers · 122 et s., 150 et s., 378 et s.

Transmission d'une demande à l'autorité administrative compétente · 242

U

Usager · 93, 159, 189, 240, 255, 308, 310, 391, 425,

V

Volonté · 71 et s., 156 et s., 208 et s., 250 et s., 306 et s.

TABLES DES MATIÈRES

INTRODUCTION GÉNÉRALE 1

§1. DÉFINITION DES TERMES DU SUJET 2
A. La définition du silence en droit administratif 2
1) La distinction entre l'objet de la recherche et les notions voisines 3
2) La nature et valeur juridique du silence de l'Administration 5
B. La définition de la décision administrative 14
C. La définition de l'Administration 18

§2. INTÉRÊT ET ENJEUX DE LA RECHERCHE 19
A. Un manque de recul paradoxal sur la fiction du silence 20
B. Des implications sous-estimées 21
C. Des enjeux actuels 22

§3. PROBLÉMATIQUE ET QUESTIONS SOUS-JACENTES 23

§4. LA DÉMARCHE ADOPTÉE 24

PARTIE I. LA CONSTRUCTION THÉORIQUE ET L'ÉVOLUTION DE LA DÉCISION IMPLICITE 28

TITRE 1. DES CONFUSIONS SUR LA NATURE JURIDIQUE ET LES RÔLES DES SILENCES REJET ET ACCEPTATION 29

CHAPITRE 1. LA DIFFICILE APPRÉHENSION DU RÔLE DU SILENCE PAR LE DROIT ADMINISTRATIF 30

SECTION 1. DES DÉTAILS FONDAMENTAUX SOUVENT NÉGLIGÉS PAR LA DOCTRINE 31

§1. LA LÉGITIMATION PARADOXALE DE LA RÈGLE DE LA DÉCISION PRÉALABLE PAR LE SILENCE .. 31
A. Les origines de la règle de la décision préalable 32
B. Les deux aspects de la décision préalable 33

§2. LA LOI DU 17 JUILLET 1900 : LA CONFUSION ENTRE LOI DE PROCÉDURE ET LOI DE FOND 35
A. La distinction 36
B. L'explication de la confusion et sa remise en question 38
C. Les conséquences de la confusion en pratique 40
D. La question d'une transformation possible par la pratique 43

SECTION 2. L'IDÉE ERRONÉE SUR LA NATURE DE SANCTION DE LA DÉCISION IMPLICITE 45

§1. LE CAS DU SILENCE-REJET 45
A. La faute commise par le silence gardé 46
B. Le silence comme abstention 49
C. La notion de sanction dans l'absence de délai de saisine du juge initialement prévu par la loi 51
D. La clarification sur la nature du silence-rejet 52

§2. LE SILENCE-ACCEPTATION 55
A. La notion de sanction fortement liée à l'apparition et la généralisation de la décision implicite d'acceptation 55
1) Le dessaisissement par le législateur 55
2) Le dessaisissement par le juge 58
B. L'existence d'un décalage dans la perception de la sanction en pratique : la volonté du législateur 61
1) La vision nuancée de l'Administration sur le caractère de sanction de la décision implicite d'acceptation 62
2) L'identification de la volonté du législateur 63

CONCLUSION DE CHAPITRE 67

CHAPITRE 2. UNE TRANSITION JURIDIQUE FLOUE D'*UN* SILENCE À *DES* SILENCES 68

SECTION 1. LA NÉCESSITÉ DE DISTINGUER FONDAMENTALEMENT LE SILENCE-REJET DU SILENCE-ACCEPTATION 68

§1. DES ORIGINES DIFFÉRENTES 68
A. Une distinction fondée sur des critères incertains 69
B. Des éclaircissements relatifs apportés par la loi du 12 avril 2000 73

§2. L'OPPOSITION ENTRE LE SILENCE-REJET COMME OUTIL DE CADRAGE DE L'ADMINISTRATION PAR LE JUGE ADMINISTRATIF ET LE SILENCE-ACCEPTATION COMME OUTIL D'AUTONOMISATION .. 76
A. Le silence-rejet : un outil de cadrage du juge administratif sur l'Administration 76
B. Le silence-acceptation : une autonomie totale de l'Administration dangereuse 79

§3. L'ESPRIT INITIAL DE LA RÈGLE DU SILENCE-REJET REMIS EN QUESTION PAR L'APPARITION DU SILENCE ACCEPTATION : UN CHANGEMENT DE NATURE DE LA RÈGLE 82
A. Les raisons de l'existence du silence-acceptation 83
B. L'influence de cette évolution du silence-acceptation sur le silence-rejet 85

SECTION 2. LES LIMITES ACTUELLES DE LA DÉCISION IMPLICITE 89

§1. LES LIMITES DE LA DÉCISION IMPLICITE EN RAPPORT AVEC LES RÈGLES DE PROCÉDURES INDUITES PAR SA PROPRE NATURE 89
A. La généralisation de l'exigence de motivation à la décision implicite, une hypothèse inenvisageable 90
B. Le paradoxe de la motivation d'une décision implicite 99

§2. LES LIMITES DE L'ÉVOLUTION DE LA DÉCISION IMPLICITE D'ACCEPTATION PAR LE BIAIS DES CRITÈRES D'EXCLUSION 101
A. Le critère d'exclusion financier, principal frein à la généralisation du silence-acceptation 102
B. L'indétermination des « autres principes de valeur constitutionnelle » nuisible au principe du silence-acceptation 104

CONCLUSION DE CHAPITRE 106

CONCLUSION DE TITRE 107

TITRE 2. UNE FICTION JURIDIQUE DIFFICILE À ARTICULER AVEC LES PRINCIPES DIRECTEURS DE L'ORDRE JURIDIQUE ET DE L'ACTION ADMINISTRATIVE 108

CHAPITRE 1. L'ARTICULATION DIFFICILE AVEC LES PRINCIPES DIRECTEURS DE L'ORDRE JURIDIQUE : LÉGALITÉ ET SÉCURITÉ JURIDIQUE 109

SECTION 1. L'INTRICATION COMPLEXE ENTRE SILENCE DE L'ADMINISTRATION ET PRINCIPE DE LÉGALITÉ 109

§1. L'ABSENCE DE FORMALISME DE LA DÉCISION IMPLICITE : UNE LIMITE À LA GARANTIE DU PRINCIPE DE LÉGALITÉ 110
A. Un principe fondamental du droit administratif difficile à accorder avec la décision implicite 110
B. La remise en question de la place centrale du principe de légalité 113

§2. LA QUESTION PARTICULIÈRE DE L'OBLIGATION DE MOTIVATION DES DÉCISIONS IMPLICITES 114
A. Le paradoxe de l'obligation de motivation des décisions implicites 115
B. La compatibilité difficile avec le principe de légalité entendu au sens large 117

SECTION 2. LA RELATION PARADOXALE ENTRE SILENCE ET SÉCURITÉ JURIDIQUE 121

§1. LA FICTION DU SILENCE ET LE PRINCIPE DE SÉCURITÉ JURIDIQUE : UNE RELATION ANTITHÉTIQUE 121
A. Un principe aux contours fluctuants 121
1) La définition de la sécurité juridique 121
2) L'éclaircissement apporté par la jurisprudence récente 123
B. Des impératifs de sécurité juridique opposés aux tendances liées au silence 125
1) Le silence-acceptation et l'objectif de stabilité du droit 127
2) Le silence-acceptation et l'objectif de prévisibilité du droit 130
3) Le silence-acceptation et la question de l'accessibilité de la loi 132

§2. L'IMPACT DIFFICILEMENT MESURABLE DU PRINCIPE DE SÉCURITÉ JURIDIQUE 136
A. Une cohabitation rendue possible grâce à la flexibilité du principe de sécurité juridique 137
1) La question de l'information des tiers dans le cadre de la décision implicite 139
2) Les risques liés au retrait et à l'abrogation des décisions administratives implicites 141
3) L'extension du bénéfice de la sécurité juridique à l'Administration, l'exemple des délais 144

B. Une cohabitation facilitée par l'influence croissante des droits subjectifs sur le droit objectif *148*
1) L'application du principe de sécurité juridique comme source de subjectivisation du droit administratif 149
2) L'évolution de la décision implicite conforme à la tendance à la subjectivisation du droit administratif 152

CONCLUSION DE CHAPITRE 154

CHAPITRE 2. L'ARTICULATION DIFFICILE AVEC LES PRINCIPES DIRECTEURS DE L'ACTION ADMINISTRATIVE : BONNE ADMINISTRATION ET OBLIGATION D'AGIR 156

SECTION 1. L'ÉQUILIBRE PRÉCAIRE ENTRE CÉLÉRITÉ ET BONNE ADMINISTRATION 156

§1. LE PRINCIPE DE BONNE ADMINISTRATION : PORTÉE ET INCIDENCES SUR LE SILENCE DE L'ADMINISTRATION 157
A. La définition juridique du principe de bonne administration *157*
1) Un amalgame complexe de principes 158
2) Les différentes qualifications de la bonne administration 165
3) L'idée de moralité dans la notion de bonne administration 168
B. La relation avec le silence de l'Administration *171*
1) La qualification de droit subjectif 171
2) Le lien entre bonne administration et décision implicite : l'impact de la déontologie administrative 173
2.1) La distinction entre déontologie, morale et éthique 174
2.2) L'intérêt général comme fondement commun 177
2.3) Le rapport entre déontologie et décision implicite : une extrapolation limitante 179

§2. LA DÉCISION IMPLICITE : UN OUTIL D'AMÉLIORATION DE LA CÉLÉRITÉ ADMINISTRATIVE DANS LA PRISE DE DÉCISION 180
A. La décision implicite, un outil respectueux de la célérité, principale caractéristique de la diligence *180*
B. La décision implicite, un outil risqué au regard de la précaution, autre composante de la diligence *183*

SECTION 2. L'OBLIGATION D'AGIR REMISE EN CAUSE PAR LE SILENCE DE L'ADMINISTRATION 185

§1. L'ACTION ADMINISTRATIVE : L'OSCILLATION ENTRE OBLIGATION D'AGIR ET FACULTÉ DISCRÉTIONNAIRE 185
A. Une définition ambigüe de la faculté d'agir de l'administration *185*
1) L'obligation d'agir mal adaptée en droit public pour définir les contraintes pesant sur l'action administrative 186
2) Des équivalents à la notion d'obligation à rechercher en droit public 188
3) La décision implicite incompatible avec l'obligation d'agir 189
B. Une question majoritairement ignorée par la doctrine *190*

§2. LE CAS PARTICULIER DU SILENCE-ACCEPTATION, EN OPPOSITION AVEC LES FONDEMENTS DU FONCTIONNEMENT ADMINISTRATIF 192
A. L'autonomie variable de l'Administration dans le cas de la décision implicite d'acceptation 192
B. La question du contrôle de l'action de l'Administration 195
1) Le silence, de l'abstention à l'action 195
2) Pouvoir discrétionnaire et compétence liée 197
3) Le rapport ambigu entre le pouvoir d'injonction du juge administratif et le pouvoir de décision de l'Administration 198

CONCLUSION DE CHAPITRE 203

CONCLUSION DE TITRE 204

CONCLUSION DE PARTIE 205

PARTIE II. LA NÉCÉSSITÉ DE RÉFORMER LE MODE DE DÉCISION IMPLICITE 206

TITRE 1. LA RECHERCHE DE GÉNÉRALISATION DE LA DÉCISION IMPLICITE 207

CHAPITRE 1. LES FAIBLESSES JURIDIQUES DE LA RÉFORME DE 2013 SUR LA DÉCISION IMPLICITE 208

SECTION 1. LA DIFFICILE APPRÉHENSION DE LA DÉCISION IMPLICITE SYNONYME DE DYSFONCTIONNEMENT 208

§1. L'INTÉRÊT PRATIQUE DE LA DÉCISION IMPLICITE ENCORE INCOMPRIS 208
A. Le maintien du recours à la décision expresse et à la décision implicite de rejet dans les domaines régaliens 209
1. La dominance de la décision implicite de rejet dans les matières régaliennes 209
2. La décision expresse privilégiée par les administrations 211
B. La loi de 2013, illustration de la difficile appréhension du silence-acceptation par le droit public 213
1) Une préparation précipitée 213
2) Des résultats nuancés de l'application de la réforme 216

§2. UN DYSFONCTIONNEMENT LIÉ À LA MANIÈRE DE CONCEVOIR LA DÉCISION IMPLICITE D'ACCEPTATION PLUTÔT QU'INHÉRENT AU MODE IMPLICITE 223
A. Une conception bancale de la décision implicite nuisible à son appropriation par le droit public 223
B. Une quasi-régression du mécanisme de l'implicite 229

SECTION 2. UNE RÉVOLUTION DE LA DÉCISION IMPLICITE MANQUÉE 233

§1. UNE TENTATIVE DE SIMPLIFICATION DE LA DÉCISION IMPLICITE MAL PRÉPARÉE 233
A. La conséquence d'une conception discutable de la « simplification » en droit 233
1) La nécessité urgente de simplifier le droit 234
2) Une pratique de la simplification à réformer 240
B. La construction bancale de la réforme autour d'un principe inexistant 245

§2. UNE INTERROGATION CONCERNANT LA RÉELLE VOLONTÉ DE GÉNÉRALISER LA DÉCISION IMPLICITE. 248
A. Une conséquence induite par la volonté de « simplifier » 248
B. Une volonté réelle mais déformée par l'objectif de la réforme 253

CONCLUSION DE CHAPITRE 255

CHAPITRE 2. LA DIFFICILE ÉVOLUTION DU SILENCE FORCÉE PAR LA RÉFORME 257

SECTION 1. LA REMISE EN QUESTION DE LA PLACE DE L'INTÉRÊT GÉNÉRAL DANS LES FONDEMENTS DE L'ADMINISTRATION PAR L'ÉVOLUTION DU SILENCE 257

§1. LA PRÉVALENCE DONNÉE IMPLICITEMENT À L'INTÉRÊT DES PARTICULIERS. 257
A. Les conséquences juridiques du vocabulaire employé dans le cadre de la réforme 258
B. Une réforme du silence aux objectifs ambigus 262

§2. UNE ÉVOLUTION DE LA RELATION ADMINISTRATION/ADMINISTRÉ ENTRAINANT UNE CONCEPTION NOUVELLE DE L'INTÉRÊT GÉNÉRAL. 269
A. Une prise en compte des intérêts particuliers discutable 269
1. Une prise en compte accrue des intérêts particuliers 269
2. Une évolution discutable 271
B. Un rapport Administration/administré inversé 273
1. Les étapes de l'inversion du rapport Administration/administré 273
2. Une involution plus qu'une évolution 276

SECTION 2. UNE CULTURE ADMINISTRATIVE DIFFICILE À FAIRE ÉVOLUER 282

§1. DES VALEURS PROFONDÉMENT ANCRÉES DANS LES MŒURS DE L'ADMINISTRATION FRANÇAISE 282
A. Une forte influence de l'idéologie de l'intérêt général sur les comportements administratifs 282
1. Une idéologie encore très forte au sein de la fonction publique 283
2. Une idéologie qui connait des inflexions 287
B. L'importance particulière donnée à la procédure 293
1. L'assimilation du formalisme à la qualité du service 293
2. La décision implicite comme indicateur négatif de qualité 295

§2. UNE CONCEPTION PRATIQUE DE LA DÉCISION IMPLICITE TRÈS ÉLOIGNÉE DES AMBITIONS THÉORIQUES 297
A. Un usage varié de la décision implicite au sein de l'Administration 298
B. Des dérives dans le recours à la décision implicite 303

CONCLUSION DE CHAPITRE 310

CONCLUSION DE TITRE 311

TITRE 2. LA RECHERCHE D'UNE CONCEPTION DE LA DÉCISION IMPLICITE PURGÉE DE SES VICES 312

CHAPITRE 1. UNE DÉCISION IMPLICITE À RÉINVENTER 313

SECTION 1. LA COMPARAISON AVEC DES SYSTÈMES ÉTRANGERS 313

§1. DES MANIÈRES VARIÉES DE TRADUIRE JURIDIQUEMENT LE SILENCE DE L'ADMINISTRATION. 313
A. La tendance récente à la généralisation du sens positif du silence de l'Administration 314
1) La décision implicite en Allemagne 315
2) La décision implicite en Italie 320
3) La décision implicite en Espagne 326
4) La décision implicite en Belgique 330
B. L'absence de recours à la décision implicite contre l'inertie administrative dans certains États 333
1) Le silence de l'Administration en Suède 334
2) Le silence de l'Administration en Grande-Bretagne 335
3) Le silence de l'Administration aux États-Unis 336

§2. LES LACUNES DU DISPOSITIF FRANÇAIS À LA LUMIÈRE DES SYSTÈMES ÉTRANGERS 338
A. Des lacunes clairement identifiables 339
1) La preuve de la formation de la décision implicite d'acceptation 341
2) La question de l'exécution de la décision implicite d'acceptation 345
B. Des lacunes à relativiser 346

SECTION 2. LA NÉCESSAIRE REMISE EN QUESTION DE LA GÉNÉRALISATION DE LA DÉCISION IMPLICITE D'ACCEPTATION 355

§1. LA NÉCESSITÉ DE REPENSER LA DÉCISION IMPLICITE EN FRANCE 355
A. La fausse solution de la réduction du nombre d'exceptions au principe du silence-acceptation 356
B. Le commencement d'une solution dans une disparition du principe 360

§2. DES OBSTACLES JURIDIQUES NUISANT À LA GÉNÉRALISATION DE LA DÉCISION IMPLICITE DIFFICILEMENT SURMONTABLES 364
A. La faiblesse de l'encadrement de la décision implicite d'acceptation en France 364
B. L'enchevêtrement des délais remettant en cause l'utilité de la décision implicite d'acceptation 367

CONCLUSION DE CHAPITRE 370

CHAPITRE 2. UNE TRANSITION DU SILENCE-REJET AU SILENCE-ACCEPTATION À RENFORCER JURIDIQUEMENT 372

SECTION 1. LE SILENCE-ACCEPTATION, SEULE HYPOTHÈSE RÉPONDANT AUX DYNAMIQUES CONTEMPORAINES D'ÉVOLUTION DU DROIT 372

§1. UN RETOUR AU PRINCIPE DU SILENCE-REJET IMPOSSIBLE 372
A. Le principe du silence-rejet en opposition avec les nouvelles valeurs promues par l'évolution du droit administratif 373
B. Le silence-rejet, un outil de modernisation de l'administration active limité 377
1) Les limites du silence-rejet comme outil de modernisation 377
2) Le silence-acceptation, un outil potentiel de modernisation de l'Administration active grevé d'importantes faiblesses conceptuelles 380

§2. DES HYPOTHÈSES THÉORIQUES DE TRANSFORMATIONS DU SYSTÈME JURIDIQUE INENVISAGEABLES EN PRATIQUE 384
A. La décision préalable, « pierre angulaire » de la liaison du contentieux administratif ... 384
B. La transformation difficilement envisageable du rôle du juge administratif 388
1) L'histoire de la relation Administration/juge administratif 388
2) L'hypothèse d'une juridictionnalisation accrue difficilement envisageable 390
3) Des perspectives d'évolution du rôle du juge administratif envisageables 392

SECTION 2. LE SILENCE-ACCEPTATION, UNE ÉVOLUTION NÉCESSITANT ENCORE D'IMPORTANTS AMÉNAGEMENTS 398

§1. LA NÉCESSITÉ DE REPENSER LE MÉCANISME DE LA DÉCISION IMPLICITE 398
A. Une évolution de la perception de la décision implicite indispensable à sa pérennité 399
B. Une distinction entre décision implicite de rejet et d'acceptation à accentuer 402

§2. UN PRINCIPE DU SILENCE-ACCEPTATION À ENCADRER DAVANTAGE JURIDIQUEMENT 407
A. Les principales failles actuelles du silence-acceptation dans sa mise en œuvre 407
1) Un manque de clarté dans la définition des objectifs de la réforme de 2013 nuisant à son application 408
2) Le problème du rapport entre décision implicite d'acceptation et subjectivisation 411
B. Les possibilités de rationalisation de la décision implicite d'acceptation 418
1) Le recensement des procédures concernées par l'implicite sous forme de listes 418
2) La création d'un troisième sens du silence de l'Administration 419
3) La création d'une obligation de répondre à la charge de l'Administration 420

CONCLUSION DE TITRE 424

CONCLUSION DE PARTIE 425

CONCLUSION GÉNÉRALE 426

ANNEXES 429

BIBLIOGRAPHIE 439

INDEX ALPHABÉTIQUE 462

TABLES DES MATIÈRES 465

DOCTORAT BRETAGNE LOIRE DROIT ET SCIENCE POLITIQUE

UNIVERSITÉ DE NANTES

Titre : Le silence de l'Administration. Recherche sur la décision implicite

Mots clés : décision implicite ; silence administratif ; Administration ; inertie

Résumé : La plupart des travaux de recherche s'étant intéressés au silence de l'Administration sont soit très anciens, soit très rapides sur la notion, voire même parfois les deux à la fois. En outre, le sens positif du silence est quasiment exclu de toutes les études sur le sujet de la décision implicite et ce quasiment jusqu'en 1991.
La conséquence que l'on peut tirer de ce constat réside dans l'absence de réflexion avant 1991 sur les implications pratiques de la décision implicite, a fortiori de la décision implicite positive. En effet, l'hypothèse d'une généralisation du sens positif du silence administratif ayant pris de court le monde du droit, il est alors devenu nécessaire d'étudier de manière approfondie cette fiction juridique jusqu'alors restée dans l'ombre.
Pour comprendre la fiction du silence donnant naissance à une décision administrative, nous avons mené une étude à partir de ses origines. Il s'agit donc d'effectuer un travail de recherche mêlant une approche historique et conceptuelle, à une analyse positiviste permettant de pleinement appréhender le mécanisme de manière pratique. L'objectif final est de parvenir à actualiser les connaissances sur ce sujet, d'apprécier la pertinence du dispositif en vigueur, et enfin de pouvoir proposer des pistes de réflexion prospective sur l'avenir de cette fiction juridique.
De manière générale, plus que l'évolution que représente la réforme de novembre 2013, c'est surtout la « révolution » dont elle se fait l'écho, mais aussi celle qu'elle augure qui justifie le mieux l'opportunité de cette recherche.

Title : The silence of the Administration. Research on the implicit decision

Keywords : implicit decision ; implied decision ; silence of the Administration

Abstract : Most of the research that has looked at the silence of the Administration is either very old or very quick on the notion, sometimes even both at the same time. In addition, the positive meaning of silence was virtually excluded from all studies on the subject of the implicit decision until almost 1991.
The consequence that can be drawn from this observation resides in the absence of reflection before 1991 on the practical implications of the implicit decision, a fortiori of the positive implicit decision. Indeed, the hypothesis of a generalization of the positive meaning of administrative silence having taken the legal world by surprise, it then became necessary to study in depth this legal fiction which had hitherto remained in the shade.
In order to understand better the legal fiction that is the implicit decision, we conducted a study of the subject, starting from the origins of said fiction. Therefore this research shall be combining a historical and conceptual approach, with a positivist analysis allowing the mechanism to be fully understood in a practical way. The final objective is to update knowledge on this subject, to assess the relevance of the system in effect, and finally to suggest prospective reflection on the future of this legal fiction.
From a general standpoint, more than the evolution represented by the reform of November 2013, it is rather the "revolution" it figures, but also the one it foreshadows, that best justifies the relevance of this research.