

Résumé de la thèse

L'IMPLICITE EN DROIT ADMINISTRATIF

sous la direction de Monsieur le Professeur Xavier VANDENDRIESSCHE
Université Lille 2

*Thèse honorée du Prix de thèse 2008
de l'Association Française pour la Recherche en Droit Administratif*

Etudier l'implicite en droit administratif peut sembler au premier abord une entreprise risquée. L'implicite n'est assurément **pas un terme juridique**. Bien plus, utilisé par la doctrine publiciste dans des sens différents, il ne bénéficie pas d'une définition précise et unanimement admise. L'accent est mis tantôt sur le caractère inexprimé - ce qui entraîne une extension considérable du champ de l'implicite et une assimilation avec le silence et le caractère tacite -, tantôt sur le rapport à l'acte ou au comportement explicite - l'implicite apparaît alors comme ce qui est contenu, inhérent, inclus, impliqué, nécessaire ou encore latent dans l'acte ou le comportement initialement adoptés par l'auteur. Par le **flou** et l'**imprécision** qui l'entourent, l'implicite ne pourrait alors prétendre accéder à la juridicité.

On ne saurait cependant se satisfaire qu'un terme qualifiant autant d'actes et de normes en droit administratif ait des contours aussi incertains et fluctuants. Cette géométrie variable nuit en effet à la compréhension du processus de production du droit.

Thèse présentée et soutenue publiquement le 10 novembre 2007 à la Faculté des sciences juridiques, politiques et sociales de l'Université Lille 2 devant le jury composé de Monsieur Manuel Gros, Monsieur Daniel Labetoulle (Rapporteur), Monsieur Fabrice Melleray (Président du jury), Monsieur Franck Moderne (Rapporteur, absent) et Monsieur Xavier Vandendriessche (Directeur de thèse) et ayant obtenu la mention très honorable avec les félicitations du jury, l'autorisation de publier en l'état et l'autorisation de concourir pour le prix de thèse.

L'identification de l'implicite dans le droit administratif commande au préalable d'en adopter une **définition rigoureuse**. L'implicite désigne à la fois, *dans une conception statique*, ce qui ne se trouve pas dans l'énoncé, ce qui relève du non-dit et, *dans une conception dynamique*, ce qui résulte d'un raisonnement logique. L'implicite procède d'une **implication nécessaire**, c'est-à-dire d'une relation logique consistant en ce qu'une chose entraîne une autre comme conséquence. L'implication a donc un rapport très étroit avec l'idée de nécessité. Ce qui est implicite apparaît en effet comme **nécessaire et inéluctable** : sans l'énoncé implicite, l'énoncé explicite serait lacunaire, n'aurait pas de sens ou pas d'effectivité. Ce rapport de nécessité permet d'ailleurs de clarifier la distinction entre implication d'une part et induction et déduction d'autre part. Si l'implication fait appel à des procédés inductifs ou déductifs, elle ne s'y résume pas et toute déduction ou induction ne s'inscrit pas toujours dans le cadre d'une implication. L'implicite doit dans ces conditions être limité à ce qui résulte nécessairement, par voie de conséquence, de ce qui a été exprimé.

Cette première définition explique d'ores et déjà la place incontestable de l'implicite en droit administratif. Celui-ci offre en effet un **cadre particulièrement propice au développement de l'implicite**, par la place et le rôle qu'il réserve au juge. En raison du **caractère éminemment objectif du contrôle de l'excès de pouvoir**, le juge administratif appréhende les actes davantage en tant que composantes d'un ensemble structuré et hiérarchisé que comme des manifestations de volonté. Investi d'un pouvoir normatif et notamment d'une **fonction d'ordonnement de l'ordre juridique**, il peut par ailleurs faire produire aux actes ou aux comportements qu'il examine les conséquences qu'il estime nécessaires.

La **construction de l'implicite comme objet d'étude** apparaît dès lors des plus intéressante. Conçu jusqu'à présent comme une notion accessoire, l'implicite est **toujours examiné à travers le prisme d'un acte ou d'une norme spécifiques**. C'est donc l'acte ou la norme – certes en tant qu'il ou elle sont implicites – plus que l'implicite en lui-même qui sont étudiés. La définition et l'évaluation de l'implicite qui ressortent de chaque étude particulière sont alors biaisées, presque façonnées par l'acte ou la norme auxquels il se rattache. La présente recherche procède d'une **inversion des perspectives**. Elle place délibérément en son centre l'implicite, de sorte que celui-ci domine l'acte ou la norme auxquels il se rattache et devienne la notion principale. C'est ainsi faire le choix de définir et d'évaluer l'acte ou la norme par et au regard de l'implicite.

Une telle étude permet d'une part de **fournir une clé d'explication unique aux utilisations de l'implicite**. Au-delà de leur diversité se dessine une **méthode générale d'implication nécessaire** consistant à replacer l'acte ou le comportement dans un contexte structurant pour en faire émerger un effet de droit nouveau. L'acte ou la norme implicites sont nécessairement impliqués par la manifestation de volonté préalablement réintégré dans son contexte. Ils procèdent donc de la mise en œuvre d'une méthode qui s'attache moins à ce qui a été dit ou fait, au contenu de la manifestation de volonté, qu'aux effets en résultant nécessairement. La production de l'acte ou de la norme est concrètement dominée par la logique et échappe en partie à l'auteur.

Placer l'implicite au centre de l'étude rend d'autre part possible une **évaluation globale de ses conséquences**, et non plus seulement de manière cloisonnée à travers l'acte ou la norme qu'il qualifie. Une telle perspective ouvre ainsi la voie à l'élaboration d'une grille de lecture et d'évaluation des recours à l'implicite. Il est dès lors possible de se prononcer sur la pertinence ou la légitimité du recours à l'implication nécessaire en droit administratif au regard tout à la fois de ses justifications, de la perturbation spécifique des procédures d'élaboration des actes, de l'impact de l'implicite sur les exigences de transparence et d'accessibilité ou encore du contrôle juridictionnel sur les actes et normes implicites. Cette approche globale permet d'établir des comparaisons et d'étudier la manière dont les effets pervers inhérents au caractère implicite sont combattus ou atténués, mais aussi les ultimes résistances de l'implicite à certaines garanties réservées à la manifestation expresse de volonté et la nécessité corrélatrice de limiter le champ de l'implication nécessaire en droit administratif.

Etudier l'implicite en droit administratif revient donc à **examiner les rapports entre nécessité et volonté** et à s'interroger sur la manière dont se confrontent, s'organisent et se résolvent les exigences contradictoires de respect de la volonté de l'auteur et de prise en considération des implications logiques et nécessaires.

Le **contenu de la méthode** de l'implication nécessaire consacre par lui-même une prédominance de la nécessité sur la volonté de l'auteur, puisque l'acte ou la norme implicites sont ceux entraînés de façon inéluctable par la manifestation de volonté. Cette tension constante entre nécessité et volonté ne se résout pas dans les mêmes termes s'agissant de la **mise en œuvre de la méthode**. La pertinence du recours à l'implicite est en effet subordonnée à un encadrement très strict du jeu de la nécessité ainsi qu'à la prévalence de la volonté de l'auteur dans la production du droit.

Première partie : Le contenu de la méthode de l'implication nécessaire

La méthode de l'implication nécessaire repose sur deux processus qui s'interpénètrent : un processus de novation de la volonté de l'auteur d'une part et un processus de confrontation de la manifestation de volonté à un contexte structurant d'autre part.

I. La novation de la volonté de l'auteur

Cette novation se décompose en deux opérations successives de déconstruction / reconstruction.

A. **La méthode de l'implication nécessaire procède dans un premier temps à l'objectivation de la manifestation de volonté.** Cette dernière est appréhendée, en tant que telle, à l'image d'une matière brute, sans aucune référence à la volonté dont elle procède.

La mise en évidence de l'objectivation de la manifestation de volonté est essentielle par la clarification de la distinction entre implicite et tacite qu'elle propose. Implicite et tacite relèvent certes tous deux du domaine du non-dit et se caractérisent par l'absence de matérialisation dans un acte. Mais ils se distinguent sur la base d'un critère clair : le rôle de la volonté de l'auteur dans l'identification de l'acte ou de la norme. Déterminante s'agissant de la caractérisation de l'acte tacite, la volonté de l'auteur est totalement négligée par la méthode de l'implication nécessaire.

1. *La méthode de l'implication nécessaire est indifférente à la volonté exprimée par l'auteur.* La méthode de l'implication nécessaire vise à combler non pas une lacune d'ordre formel résultant de l'absence de formalisation de la volonté exprimée, mais une lacune de fond résultant de ce que l'auteur n'a pas exprimé un effet de droit qui est pourtant entraîné inévitablement comme conséquence par l'acte ou le comportement adopté.

Elle ne repose donc pas sur une recherche de la volonté immédiate de l'auteur, mais consiste à rechercher les **effets médiats de la manifestation de volonté**. La déduction opérée est alors indirecte. Le comportement adopté ne traduit pas en lui-même l'existence de l'acte ou de la norme, il poursuit immédiatement un autre objet et ce n'est que de manière médiate, lorsqu'il est réintégré dans un cadre plus général, qu'il entraîne un tel effet de droit. Il n'y a donc pas de rapport d'adéquation entre le but immédiat poursuivi par l'auteur et le but de l'acte ou de la norme implicites.

Il en est ainsi par exemple de l'abrogation implicite, laquelle, résultant non de la volonté de l'auteur exprimée par l'acte mais d'une incompatibilité entre cet acte et un texte plus ancien ayant une valeur juridique identique ou inférieure, se rapproche du mécanisme de la caducité. De même, la ratification implicite des ordonnances de l'article 38 ne se déduit pas de la volonté exprimée par le Parlement, mais de manière médiate, de la modification ou de la reprise de l'ordonnance par la loi adoptée par lui. Ce constat conduit au rejet de la typologie tendant à distinguer les ratifications selon qu'elles sont fondées sur un critère subjectif ou sur un critère objectif.

2. La méthode est en outre indifférente à la formalisation de la volonté de l'auteur. Parce que la volonté de l'auteur n'a pas directement pour objet l'édition de l'acte ou de la norme implicites, peu importe la manière donc elle se manifeste ou ne se manifeste pas.

L'existence d'une manifestation expresse de volonté ne fait nullement obstacle à la reconnaissance d'un acte ou d'une norme implicites. Loin d'exclure le jeu de la méthode de l'implication nécessaire, la volonté expresse lui fournit une base : sa traduction formelle servira de fondement à une éventuelle implication logique.

Inversement, en l'**absence d'une manifestation expresse**, aucune consistance particulière n'est exigée de la volonté, laquelle peut être équivoque. Par une fiction de volonté instaurée par les textes, le silence de deux mois gardé par l'administration sur une demande fait ainsi naître une décision implicite de rejet ou d'acceptation. Un tel silence ne signifie pourtant rien en lui-même, dès lors qu'il peut revêtir des significations multiples et traduire indifféremment, selon les cas, une volonté de refuser de faire droit à la demande, une négligence à répondre, une inertie ou encore révéler le manque de temps d'une administration débordée en dehors de toute mauvaise volonté.

B. La méthode de l'implication procède dans un second temps à la reconstruction de la volonté implicite de l'auteur. Cette reconstruction a lieu en amont comme en aval de l'identification de l'acte ou de la norme implicites.

1. L'acte ou la norme implicites sont l'expression de la volonté de l'auteur rationnel, c'est-à-dire d'un auteur totalement conscient des effets impliqués par sa manifestation de volonté. La méthode de l'implication nécessaire repose sur le postulat de

rationalité de l'auteur. Celui-ci assure le déclenchement de la méthode dès lors que l'objet immédiatement poursuivi par l'auteur ne suffit pas à conforter la rationalité juridique.

Ce postulat pose tout d'abord une « **présomption de volonté** » (G. Cerexhe, *Les compétences implicites et leur application en droit belge*, Bruxelles : Bruylant, 1989, p. 116), selon laquelle l'auteur est présumé vouloir toutes les conséquences logiques de ses actions. La volonté de l'auteur est alors étudiée par le juge à travers le prisme de la rationalité. Chaque application particulière de l'implicite se présente comme une déclinaison de l'un des attributs du postulat de rationalité de l'auteur. Font figure de sources d'inspiration les principes selon lesquels l'auteur ne se contredit pas (abrogation implicite résultant d'un conflit chronologique entre des textes successifs émanant de la même autorité), ne fait rien d'inutile (abrogation implicite résultant d'un conflit hiérarchique entre textes émanant d'autorités différentes, ratification implicite et validation implicite), ou encore adapte les moyens aux fins poursuivies (pouvoirs implicites).

De cette présomption de volonté découle naturellement une « **présomption d'inclusion** » (G. Cerexhe, *id.*, p. 115) : parce que l'auteur est présumé agir de manière rationnelle, les actes qu'il adopte contiennent nécessairement en leur sein tous les effets de droit implicites. La présomption d'inclusion remplit dès lors une double fonction. Elle s'inscrit d'une part dans un **cadre discursif de justification et de légitimation** de l'acte ou de la norme implicites : elle dissimule l'activité d'interprétation, en lui donnant l'apparence d'un simple décodage. Elle œuvre, d'autre part et de manière plus spécifique s'agissant des normes implicites, en faveur du maintien, dans son principe, du traditionnel « **processus de juridicité** » (P. Combeau, *L'activité juridique interne de l'administration. Contribution à l'étude de l'ordre intérieur administratif*, Thèse de doctorat : droit public, Bordeaux IV, 2000, p. 240), selon lequel toute norme doit trouver sa source dans un texte. Présentée comme incluse dans un texte, la norme implicite bénéficie par ricochet de la juridicité de celui-ci.

2. *L'acte ou la norme implicites peuvent apparaître a posteriori comme une reconstitution de la volonté interne de l'auteur historique*, c'est-à-dire de l'auteur qui a techniquement adopté l'acte ou le comportement.

Cette reconstitution peut être réelle lorsque l'acte ou la norme implicites correspondent effectivement à la volonté interne de l'auteur. Une telle reconstitution est possible, dès lors que l'auteur historique a adopté un comportement rationnel. La reconstitution est en revanche certaine, lorsque le recours à la méthode de l'implication nécessaire a été organisé par l'auteur lui-même, lequel a adopté le comportement propre à

impliquer un tel effet médiat. Il garde volontairement le silence sur un sujet sur lequel il devrait en principe adopter une décision formelle, contraignant ainsi l'interprète à combler cette lacune et à se substituer à lui par la consécration d'une décision implicite.

Le juge administratif recourt à une telle manœuvre pour rejeter des moyens d'ordre public soulevés d'office. En gardant le silence dans ses décisions sur ces moyens d'ordre public qu'il est pourtant tenu d'examiner, il indique implicitement qu'ils ont été rejetés. Cette technique lui permet tantôt de passer sous silence des questions de droit qui ne font pas débat et d'éviter ainsi des développements inutiles, tantôt de dissimuler le caractère novateur de la solution pour en atténuer la portée ou s'aménager la possibilité de la modifier. Une telle instrumentalisation est d'autre part utilisée par l'administration pour la prise de décisions. Sachant que le silence gardé par elle pendant deux mois sur une demande qui lui a été adressée donnera naissance à une décision implicite, l'autorité administrative reste volontairement silencieuse. Son inertie révèle son consentement à la décision qui interviendra à terme. La décision implicite est alors détournée de sa fonction : elle ne sanctionne plus le « déni d'administration », mais s'analyse comme une technique d'administration, plus souple et plus rapide.

La reconstitution de la volonté interne de l'auteur historique peut aussi être purement rhétorique. Lorsque, dans le cadre de la méthode de l'implication nécessaire, le juge caractérise l'existence d'une norme qui peut paraître contestable voire arbitraire, il procède alors à son rattachement à la volonté de l'auteur historique pour masquer son pouvoir créateur. Il reconstitue ainsi de toutes pièces une volonté interne, sans se soucier que celle-ci corresponde à la réalité. Une telle démarche a pu être constatée de manière isolée en matière de pouvoirs implicites lorsque le juge a reconnu au gouvernement un pouvoir législatif implicite, et de manière systématique dans le cadre des ratifications implicites, toutes les fois que la loi impliquant ratification a été adoptée après que le juge a été saisi d'un recours contre l'ordonnance, la ratification s'analysant alors davantage comme une validation législative.

C'est donc à une sorte de mouvement de balancier qu'on assiste. Lorsque la méthode de l'implication nécessaire prend ses distances avec la volonté de l'auteur, c'est pour mieux s'en approcher. La consécration d'actes ou de normes implicites, permise par l'objectivation préalable de la manifestation de volonté, retentit ou rétroagit naturellement sur la volonté initiale, qui s'en trouve complétée et améliorée.

Bien que l'implication nécessaire soit une méthode objective d'interprétation, elle conserve un certain fondement subjectif, réalisant ainsi un bel équilibre entre d'une part la

nécessité de tirer les conséquences d'une intégration de la manifestation de volonté dans un contexte qui la dépasse (exigeant au préalable une objectivation de cette manifestation) et d'autre part l'impossibilité pour l'utilisateur de la méthode de faire l'économie de toute référence à la volonté de l'auteur (appelant une reconstruction de cette dernière).

La novation de la volonté de l'auteur à laquelle procède la méthode de l'implication nécessaire ne doit toutefois pas masquer la prédominance de la nécessité dans le processus de mise au jour de l'acte ou de la norme implicites, lesquels sont impliqués de la confrontation de la manifestation de volonté à un contexte lui servant de structure de signification.

II. La confrontation de la manifestation de volonté à un contexte structurant

Par les règles de fonctionnement et d'organisation internes qui le régissent, le contexte a des répercussions sur la manifestation de volonté et lui confère une portée nouvelle, en révélant les effets médiats mais nécessaires. La manifestation de volonté est alors confrontée tantôt à une opération juridique globale, tantôt à l'ordre juridique.

A. La méthode de l'implication nécessaire appréhende la manifestation de volonté comme un élément d'une opération juridique globale qui la transcende. Cette opération peut se définir comme le processus qui a mené à l'adoption de l'acte ou du comportement, lesquels n'en constituent dès lors que la partie émergée, visible. Cette opération juridique globale est créée pour les besoins de l'implication : elle n'existe que pour prolonger la manifestation de volonté par des actes implicites.

1. A l'image d'une opération complexe, *l'opération juridique globale apparaît comme une succession logique d'étapes intermédiaires qui aboutit à une décision finale*. La manifestation de volonté peut se présenter tantôt comme la décision finale parachevant le processus, tantôt comme l'exécution de la décision finale. La manifestation de volonté implique alors nécessairement une décision intervenue antérieurement dans l'opération juridique.

En matière unilatérale, la méthode applique la **logique de l'équivalence juridique des résultats**, laquelle consiste à admettre qu'un acte puisse atteindre le même résultat que celui qui devait être en principe obtenu par un acte déterminé. Le juge administratif considère alors que l'acte expressément adopté implique un autre acte, celui dont l'intervention était

attendue pour produire l'effet de droit considéré. Il en est ainsi par exemple de la décision de nomination impliquant refus de nomination des personnes n'y figurant pas.

En matière contractuelle, une telle méthode est appliquée pour l'identification des mandats implicites. Le contrat conclu par les personnes privées est appréhendé comme un élément d'une opération juridique globale. Il est conçu comme l'issue d'un processus marqué en amont par des négociations et la conclusion par l'une des parties d'une convention de mandat avec une personne publique. Réintégré dans cette opération globale qui lui sert de structure de signification, le contrat conclu au final peut dès lors impliquer un mandat qui lui est antérieur.

2. L'opération juridique globale peut aussi être spécialement conçue et structurée par un texte, pour faire produire au comportement de l'administration des effets déterminés. L'implication d'une décision est ici imposée par un texte qui a pour seul et unique objet de conférer au silence la signification d'un rejet ou d'une acceptation.

La réglementation sur le silence met ainsi en place un processus décisionnel qui se déclenche par une demande adressée à l'autorité administrative par le réclamant et se déroule pendant un délai de deux mois. Elle prédétermine par ailleurs le sens qui sera impliqué du silence. Si le silence de l'administration s'inscrit dans un tel processus, il implique alors une décision implicite.

B. La méthode de l'implication nécessaire appréhende la manifestation de volonté comme une composante de l'ordre juridique. L'ordre juridique n'est pas ici appréhendé dans une dimension descriptive, comme un rassemblement de toutes les normes en vigueur à un moment donné. Il acquiert un **rôle actif de structuration des normes** : par sa propre organisation et par sa hiérarchisation, il peut éclairer la portée de chacun des actes qui le composent et révéler le cas échéant des normes nécessairement impliquées. La manifestation de volonté est alors confrontée tantôt à la logique d'effectivité de l'ordre juridique, tantôt à sa logique d'efficacité.

1. Les exigences de cohérence et de non-contradiction inhérentes à l'ordre juridique commandent de compléter la manifestation de volonté par les effets médiats propres à en assurer l'effectivité.

La confrontation de l'acte nouveau à l'ordre juridique peut d'une part mettre en évidence une **contradiction de fond** avec un acte antérieur de niveau hiérarchique identique ou inférieur. Elle imprime alors à l'acte nouveau un effet abrogatif implicite.

L'insertion de la loi dans l'ordre juridique peut d'autre part révéler une **reprise** d'un dispositif réglementaire antérieur, accompagnée ou non de modifications et, par là-même, consacrer l'existence d'une norme ratificative ou validante implicite.

2. *L'exigence d'adaptation de l'ordre juridique aux évolutions de la vie administrative implique la reconnaissance de pouvoirs implicites.* La confrontation des normes expresses d'habilitation à l'impératif d'efficacité de l'ordre juridique révèle l'existence de normes implicites propres à satisfaire les besoins de fonctionnement des services.

Une telle méthode tend d'une part à la reconnaissance des pouvoirs impliqués, nécessaires à l'exercice efficace des pouvoirs expressément conférés. Elle les déduit directement des pouvoirs exprès. Le pouvoir d'exécution des lois implique nécessairement le pouvoir de prendre toutes les mesures propres à assurer la pleine exécution de la loi, sans qu'on puisse lui opposer les limites de l'habilitation législative. Il exige ainsi la reconnaissance d'un pouvoir réglementaire, voire même d'un pouvoir d'intervenir dans le domaine de la loi. Le pouvoir de prendre des décisions individuelles commande lui aussi la reconnaissance au profit des ministres d'un pouvoir réglementaire lui permettant de rationaliser la prise de décisions individuelles ou d'édicter des règles de procédure.

L'implication nécessaire tend d'autre part à la consécration de pouvoirs inhérents, impliqués par l'exigence d'efficacité, non plus des pouvoirs exprès, mais des missions induites de ces pouvoirs. La mission de Président de la République puis de Premier ministre tout d'abord exige la reconnaissance d'un pouvoir réglementaire de police sur l'ensemble du territoire. La mission de chef de service ensuite implique un pouvoir d'organisation des services placés sous son autorité. La mission de créer des activités de service public expressément reconnue aux collectivités locales implique enfin le pouvoir de créer toutes les activités annexes ou complémentaires nécessaires à leur bonne gestion.

Au-delà de cette diversité se profile donc une méthode unique propre à l'identification des actes et normes implicites. La spécificité réside dans l'identité du processus d'explicitation. La méthode de l'implication nécessaire consiste à faire produire à la

manifestation de volonté des effets médiats qui n'ont pas été forcément envisagés par son auteur, mais qui sont entraînés inévitablement par le contexte dans lequel cette manifestation s'inscrit. Elle consacre donc une normativité originale centrée non plus sur l'auteur, mais sur le contexte de la manifestation de volonté.

Ce processus est marqué par une tension constante entre la volonté dont procède l'acte ou le comportement initial et la nécessité d'en tirer les conséquences inéluctables. L'acte ou la norme implicites apparaissent alors comme un savant dosage. Leur identification n'a pas été le fruit d'une recherche de la volonté de l'auteur et témoigne à cet égard de la prédominance de la nécessité. La référence à la volonté n'est toutefois pas totalement abandonnée et intervient à titre de justification : alors que la volonté rationnelle de l'auteur fonde le recours à l'implication nécessaire, la volonté réelle remplit un rôle rhétorique en dissimulant la part de création.

On peut dès lors s'interroger sur la pertinence du recours à la méthode de l'implication nécessaire. Parce que le droit administratif ne saurait s'accommoder d'un diktat de la nécessité, la mise en œuvre d'une telle méthode doit être strictement encadrée.

Seconde partie : La mise en œuvre de la méthode de l'implication nécessaire

Parce qu'elle consiste à consacrer l'existence d'actes ou de normes entraînés par la manifestation de volonté comme des conséquences inéluctables, la méthode de l'implication nécessaire obéit à une **logique absolutiste**. Elle est d'une part marquée par un certain **autoritarisme** : l'acte ou la norme implicites s'imposent avec la force de l'évidence à l'auteur de la manifestation initiale comme aux administrés. Elle rend d'autre part **superfétatoire** l'intervention d'une manifestation de volonté ultérieure sur le même objet et dans le même sens. Le jeu de la nécessité évince donc la volonté de l'auteur de la production du droit. Par son absolutisme, la méthode de l'implication nécessaire n'est pas sans danger en droit administratif.

I. La densification de l'ordre juridique

Si la densification de l'ordre juridique par la méthode de l'implication nécessaire est justifiée, elle ne doit pas pour autant être excessive.

A. **L'implication nécessaire est une méthode éminemment fonctionnelle**. Elle est utilisée pour faire produire à la manifestation de volonté – incapable en elle-même de déclencher le régime juridique ou contentieux désiré – les effets médiats propres à opérer ce déclenchement.

L'instrumentalisation de l'implicite se révèle à travers l'inversion du raisonnement juridique dont l'acte ou la norme procèdent. La prise en considération de la fin détermine l'existence du moyen propre à l'atteindre et qu'incarne l'acte ou la norme implicites. La méthode n'est alors que l'instrument pour opérer le cheminement entre la manifestation de volonté et l'acte ou la norme nécessaires.

1. *Le recours à l'implicite a d'une part contribué à l'aménagement de l'accès au juge.*

L'institution du mécanisme des décisions implicites de rejet a tempéré la **rigueur de la règle de la décision préalable**. Les autorités législatives et réglementaires ont témoigné d'un souci constant de faire disparaître le risque de déni de justice, en étendant progressivement le champ d'application de la décision implicite de rejet et en instaurant un réel automatisme dans le processus d'acquisition de la décision.

De son côté, le juge a ponctuellement utilisé la méthode de l'implication nécessaire pour atténuer **la rigueur de la condition du délai de recours** contentieux de deux mois dans le domaine de la reconduite à la frontière des étrangers.

2. *Le recours à l'implicite a d'autre part permis le déclenchement d'un régime juridique déterminé.*

La méthode de l'implication nécessaire est utilisée par le juge pour donner une qualification administrative à des contrats conclus certes entre deux personnes privées, mais qui doivent être soumis au régime des contrats administratifs. Le caractère fonctionnel de l'implicite est parfaitement révélé par le recours à la technique du faisceau d'indices qui offre au juge qui la manie la possibilité de fonder l'existence d'un mandat implicite en toutes circonstances. La systématisation de l'utilisation de l'implicite a ainsi permis d'en faire un instrument performant de soumission des contrats au régime de droit public.

La mise en place des mécanismes de décisions implicites d'acceptation a par ailleurs permis la **réduction de l'ingérence administrative** en matière de tutelle comme dans l'exercice du droit de propriété et de la liberté d'entreprendre.

B. Le règne de la nécessité dans la production normative peut conduire à un développement inconsideré voire anarchique du droit, la manifestation de volonté initiale servant de simple prétexte à une densification continue de celle-ci.

Pour contrer le risque de dérive destructrice qui lui est inhérent, la mise en œuvre de l'implication nécessaire doit donc être limitée. La norme implicite doit n'exister que dans la mesure où elle est nécessaire pour remplir la fonction poursuivie. Fondement du recours à l'implicite, la nécessité en constitue aussi la limite.

1. *L'actualisation de l'ordre juridique doit ainsi être limitée par une exigence de proportionnalité de la norme implicite par rapport aux dispositions textuelles qui l'impliquent.*

La mise en œuvre de la méthode de l'implication nécessaire garantit une épuration strictement maîtrisée de l'ordre juridique. La jurisprudence administrative témoigne en effet d'une réelle prévention à l'égard de l'abrogation implicite. Elle exige non seulement une incompatibilité radicale entre les actes successifs mais, soucieuse d'éviter les vides juridiques consécutifs à l'adoption d'une nouvelle Constitution, elle est aussi particulièrement circonspecte dans le cadre de la confrontation d'une loi préconstitutionnelle à la Constitution.

La transformation du régime juridique ou contentieux des actes administratifs est elle parfois mal maîtrisée. Si le rapport de proportionnalité est souvent respecté entre la norme ratificative ou validante implicite et l'objet de la loi, il est négligé lors de l'identification de ratifications de validations par simple référence.

2. *La mise en œuvre de la théorie des pouvoirs implicites ne doit pas davantage aboutir à habiliter une autorité administrative à intervenir par voie de réglementation ou de prestations, au-delà de sa sphère de compétence,* c'est-à-dire tantôt sur le terrain de compétence du Premier ministre, seul titulaire du pouvoir réglementaire général, tantôt dans la sphère de l'initiative privée.

Le juge administratif veille à ce que le recours à l'implication nécessaire ne conduise pas en définitive à une dispersion du pouvoir réglementaire entre les mains de multiples autorités. Il s'oppose à toute reconnaissance d'un pouvoir réglementaire au profit des ordres professionnels. Il est par ailleurs constamment soucieux de limiter l'étendue du pouvoir réglementaire du ministre aux strictes nécessités du fonctionnement des institutions. En premier lieu, le pouvoir d'organisation du service n'existe que dans la mesure où il est nécessaire au bon fonctionnement des services placés sous son autorité. En second lieu, le pouvoir de prendre des décisions individuelles ne saurait impliquer l'existence d'un pouvoir réglementaire général implicite.

La mise en œuvre de la méthode de l'implication nécessaire dans le domaine de la création de services publics locaux est en revanche peu respectueuse du principe de la liberté du commerce et de l'industrie. La jurisprudence administrative témoigne en effet d'une évolution de l'acceptation de la notion de nécessité de l'activité annexe. L'activité nécessaire ne désigne ainsi plus les seules activités strictement nécessaires à l'exercice des activités de service public mais aussi les activités simplement utiles. Le lien entre l'activité annexe et la mission de service public est ainsi de plus en plus distant. Cet élargissement du pouvoir de création d'activités de service public porte alors doublement atteinte au principe de liberté du commerce et de l'industrie ainsi qu'au principe de la libre concurrence : injustement écartés de l'appréciation juridictionnelle de la légalité de la création de l'activité annexe, ils sont ensuite remis en cause.

La logique absolutiste de méthode de l'implication nécessaire, en partie neutralisée quant à ses effets néfastes sur l'ordre juridique, contribue par ailleurs à une éviction abusive de la manifestation expresse de volonté.

II. L'éviction de la manifestation expresse de volonté

La manifestation expresse de volonté peut apparaître comme le seul moyen d'assurer la prise en considération de l'intérêt général, des droits des administrés comme des intérêts de l'administration. Le recours à l'implication nécessaire doit dès lors veiller à ne pas l'évincer de manière démesurée.

A. La manifestation de volonté apparaît comme un droit pour son auteur comme pour les administrés. L'autorité normative doit être en mesure d'exercer la

compétence qui lui a été dévolue par les textes : elle doit pouvoir s'exprimer expressément. Les administrés, de leur côté, sont légitimement en droit d'attendre l'adoption de l'acte exprès qui est prévu par un texte.

1. Le législateur, le pouvoir réglementaire ainsi que le juge administratif ont veillé, chacun à leur manière, à éviter que le recours à l'implicite n'évince l'administration de l'exercice de sa compétence.

Tout en instaurant des régimes de décisions implicites d'acceptation, les textes législatifs et réglementaires les ont entourés de beaucoup de précautions, conciliant ainsi l'atténuation de la rigueur de l'exigence d'une décision expresse avec la protection de l'intérêt général et des intérêts des tiers. Le silence-acceptation est tout d'abord enfermé dans un statut d'exception : dérogation au principe du silence-rejet, il est purement et simplement exclu de certains domaines. Lorsqu'il est mis en place, il maintient ensuite la possibilité pour l'administration de statuer de manière expresse sur la demande dont elle est saisie. L'administration conserve enfin, même après l'acquisition d'une décision implicite d'acceptation par le bénéficiaire, un droit de retrait pour des motifs d'illégalité.

Le juge administratif témoigne pour sa part d'une grande réticence à l'égard des décisions implicites, qu'elles aient une origine textuelle ou jurisprudentielle. Il interprète d'une part très strictement le champ d'application des mécanismes de décisions implicites institués par les textes. Il refuse d'autre part de consacrer de lui-même l'existence d'actes implicites mettant en cause les droits ou le patrimoine des personnes publiques.

2. La prise en considération des implications nécessaires des lois adoptées, en tant qu'elle s'opère indépendamment de la volonté du Parlement, fait perdre à celui-ci la maîtrise de la portée de ses actes et l'empêche de s'exprimer lui-même sur les effets juridiques ainsi produits.

Des ratifications ou des validations vont ainsi pouvoir être opérées sans que le Parlement ait été mis en mesure de contrôler l'acte administratif et par le biais d'une loi dont il a pu parfaitement ignorer, des débats jusqu'au vote, son effet ratificatif ou validant. Par **l'aveuglement du Parlement**, le recours à l'implicite contribue donc à **son affaiblissement**.

L'effacement du Parlement intervient pourtant dans un domaine mettant en cause le droit de recours des justiciables et nécessitant à ce titre un contrôle parlementaire poussé. Il serait dès lors logique d'**exiger de la part du législateur**, pour qu'il y ait ratification et plus encore validation, **une volonté expressément manifestée**. Cet abandon du recours à

l'implicite dans le domaine des validations législatives serait d'ailleurs conforme à la position du juge administratif à l'égard des validations expresses comme à l'égard des validations d'actes annulés.

B. La manifestation expresse de volonté est aussi un droit par les garanties qu'elle fournit aux administrés, tant en amont au stade de son élaboration, qu'en aval par la publicité et le contrôle juridictionnel qui sont organisés. L'acte ou la norme implicites doivent maintenir ces garanties inhérentes à l'acte exprès, afin de pas instaurer une inégalité de traitement entre les administrés selon que leur sont opposés un acte ou une norme implicites ou exprès.

L'implicite est par définition inconciliable avec ces garanties. Son **automaticité** fait obstacle au respect des règles de forme et de procédure ; son **immatérialité** empêche toute information des administrés. Pourtant, compte tenu des atteintes que l'implication nécessaire est susceptible de porter à l'intérêt général ou aux droits des administrés, la disparition de telles garanties est inconcevable. L'incompatibilité initiale doit dès lors être dépassée.

1. *L'incompatibilité entre implicite et garanties du régime juridique des décisions expresses n'a été qu'en partie surmontée.*

La transposition des règles de forme et de procédure aux décisions implicites n'est que partielle. La décision implicite de rejet ne prive ni son titulaire, ni les tiers des garanties que leur accorde le régime juridique de leur homologue expresse. Elle doit en effet respecter les mêmes règles de procédure et de motivation que celles qui s'imposent à la décision expresse intervenant sur le même objet. Le respect de l'obligation de motivation est tout au plus différé. Afin d'assurer au bénéficiaire l'obtention d'une décision pérenne, les règles de forme et de procédure ont au contraire été progressivement neutralisées par les mécanismes de décisions implicites d'acceptation, grâce à l'aménagement de la procédure consultative d'une part et à la suppression pure et simple de l'obligation de motivation d'autre part.

La mise en place de mécanismes de publicité adaptés demeure pour sa part encore incomplète. Un mécanisme original de notification *a priori* par l'accusé de réception de la demande a été mis en place. Une publication à l'égard des tiers a été aussi organisée par certains régimes de décisions implicites d'acceptation mais elle reste largement dénigrée par les autres régimes de silence positif.

2. L'incompatibilité entre implicite et garanties en cas d'atteinte au droit de recours des justiciables est quant à elle en partie insurmontable.

Portés à la connaissance du requérant en même temps qu'ils lui sont opposés, **la norme ou le dispositif implicites sont affectés d'une opacité** susceptible de faire naître chez lui un sentiment d'arbitraire. L'identification préalable du dispositif implicite est cependant possible, compte tenu du lien logique qui le relie au dispositif explicite ou grâce à l'information des parties à l'instance. Tel n'est pas le cas des validations législatives et des ratifications implicites, du fait de la banalisation du contenu des lois portant ratification ou validation. Cette difficulté de repérage est encore renforcée par le silence du juge administratif sur les indices pertinents à retenir pour qualifier une validation implicite.

Le recours à l'implication nécessaire est par ailleurs de nature à compromettre l'exercice des contrôles juridictionnels. Le contrôle de constitutionnalité opéré *a priori* par le Conseil constitutionnel n'est pas évident, compte tenu de ce que l'effet validant ou ratificatif est par définition constaté *a posteriori* par le juge administratif. La forme implicite rend non seulement plus difficile le contrôle sur les ordonnances, mais elle fait aussi disparaître purement et simplement le contrôle des lois opérant validation. Cette disparition est toutefois compensée grâce au développement d'un contrôle de conventionnalité similaire par le juge administratif. Le contrôle du juge administratif sur une chose jamais jugée risque enfin d'être supprimé, dès lors que le dispositif implicite ne correspond pas à une véritable prise de position sur une question juridique. L'autorité de chose jugée risque alors d'être étendue à une chose jamais jugée, privant ainsi le requérant de son droit de voir un moyen examiné par un juge.

Dans ces conditions, l'implicite accède à la juridicité et se distingue de l'implicite dans le langage usuel. Il bénéficie tout d'abord d'une **définition propre** qui impose un maniement plus rigoureux. Il dispose ensuite d'un **champ d'application spécifique**, ne se superposant pas à celui de la manifestation expresse de volonté. L'implicite n'a d'une part pas vocation à intervenir dans tous les domaines. Il est d'autre part limité dans son propre domaine d'intervention. Tenu de rester proportionné à la manifestation de volonté initiale, il ne peut s'étendre indéfiniment. Il ne peut en outre se libérer des exigences imposées à l'acte exprès

auquel il pare et doit assurer le maintien de garanties sinon identiques au moins équivalentes. L'acte et la norme implicites disposent ainsi d'un statut d'exception par rapport à la manifestation de volonté. Il remplit enfin simultanément **deux fonctions particulières** : une fonction technique par la rationalisation de la manifestation de volonté et une fonction purement rhétorique.