

**L'ACTUALITE DU DROIT ADMINISTRATIF EN FRANCE EN
2009/2011**

MORCEAUX CHOISIS

Prof. Aude ROUYERE¹

INDEX

1. LA COMPLEXIFICATION ASSUMEE DU DROIT ADMINISTRATIF

1.1 Diversification des catégories institutionnelles

1.2 Approfondissement des droits

2. L'AUTONOMIE RAISONNEE DU JUGE ADMINISTRATIF

2.1 Développement de son office par le juge

2.2 Volonté de coopération juridictionnelle

L'exercice du bilan s'avère toujours délicat, la liberté qu'il confère n'ayant d'égal que la frustration qu'il engendre. Mais nous allons tout de même essayer de nous y livrer.

En précisant d'emblée que des choix ont été effectués et donc des pans importants de la matière ignorés. Et après avoir rappelé quelques-unes des contraintes et des limites qui pèsent sur sa réalisation.

¹ Professeur à l'Université Montesquieu Bordeaux IV, CERDARE (Centre d'Etude et de Recherche sur le Droit Administratif et la Réforme de l'Etat).

Identifier et choisir les éléments qui constituent les traits remarquables de la discipline n'est pas une opération neutre. Elle dépend étroitement de l'observateur et plus précisément de ses points de vue et de son intérêt pour quelques-unes des questions qui ont émergé d'une production d'arrêts et de textes conséquente.

La sélection effectuée ne procède pas de l'ambition d'embrasser la somme des événements qui ont marqué la vie du droit administratif depuis deux ans, ni même d'opérer une rétrospective synthétique. L'objectif est moins ambitieux et peut-être plus périlleux. Il s'agit de relever, durant cette période, certains « événements » révélateurs des traits de la discipline soit dans la constance, soit dans l'inconstance. L'entreprise est évidemment marquée d'une irréductible subjectivité. Les éléments sélectionnés s'inscrivent dans un certain imaginaire de la matière nourri d'observations mais aussi des réflexions qu'elle suggère.

Il serait évidemment intéressant de rendre compte, non seulement des mouvements du droit positif, mais aussi des analyses qui les ont accompagnés. Le discours doctrinal offre par un jeu de miroir une autre vision du droit administratif et par là même en constitue aussi la substance. Mais il n'a pas semblé possible d'exploiter utilement cette source sur une période aussi brève.

De même, les réformes législatives intéressant le droit administratif n'ont pas encore livré toute leur mesure et appellent un temps de mise en œuvre avant que puissent être évalués leurs effets.

Ce bilan est donc consacré principalement aux évolutions jurisprudentielles et dans une moindre mesure à quelques dispositifs législatifs.

Le choix des thèmes abordés a été guidé par le souci de favoriser une observation comparative et celui de resserrer le propos même si cela implique de délaisser des questions -telles que le droit des contrats- qui ont pourtant suscité des jurisprudences fort intéressantes.

Cette analyse est organisée selon une double approche permettant d'envisager l'état du droit puis celui du contentieux. Il serait artificiel de prétendre dégager une ligne suffisamment nette caractérisant ces deux axes. Mais si l'on s'en tient à l'esquisse d'une tendance, c'est celle d'une sophistication des normes et des procédés juridiques qui semble s'imposer. Elle se manifeste par la complexification assumée du droit administratif (1) et l'autonomie raisonnée du juge administratif (2).

1. LA COMPLEXIFICATION ASSUMÉE DU DROIT ADMINISTRATIF

Le droit administratif est entré, depuis une vingtaine d'années, dans un processus de transformation qui se manifeste par une mise en question de ses catégories en particulier institutionnelles et un approfondissement des acquis normatifs.

1.1 Diversification des catégories institutionnelles

L'attachement des juristes aux catégories, cette sorte de conservatisme ou de fidélité aux constructions qui ont fait le droit administratif et en signent l'identité, est bien connu. Les faiseurs de systèmes, les artisans de notions, les gardiens de ces constructions sont à l'œuvre parmi nous. Et pourtant, l'on perçoit depuis ces dernières années comme une forme d'impertinence à l'égard des repères classiques du droit administratif. Les figures institutionnelles évoluent à la faveur d'un mouvement de rationalisation et d'innovation.

1-Rationalisation

L'entreprise de rationalisation vise, pour la période récente, des modèles institutionnels qui, en raison de leur succès, ont vu leur régime juridique perdre en cohérence.

Le phénomène n'est pas nouveau. Il est même, dans certains cas, inhérent à la notion qui fonde la catégorie. Ainsi le Conseil d'Etat a-t-il conduit, à nouveau, un travail de réflexion critique sur l'établissement public en 2009. La pertinence et la fonctionnalité du procédé institutionnel sont confirmées mais sa rationalisation est, encore et toujours, préconisée. Il est recommandé une « clarification de ses règles de création » et des

aménagements des règles régissant son organisation et son fonctionnement dans le but de «leur conférer plus de souplesse». La conclusion de ce rapport est à la fois mesurée et ambitieuse. L'avenir de l'établissement public en tant que «formule d'organisation de l'action publique» est présenté comme «à la fois prometteur et préoccupant » et appelant des modifications d'ordre juridique et des changements dans les pratiques administratives.

Mérite aussi d'être mentionnée, la consécration en mai 2011² d'un régime juridique, en principe général, des groupements d'intérêt publics (GIP), catégorie de personnes publiques spécialisées distincte de celle des établissements publics. Le modèle du GIP est parfaitement représentatif du caractère embarrassant des audaces institutionnelles administratives. La formule du GIP créée en 1982³ pour offrir aux organismes de recherche un cadre de regroupement associant des structures publiques et privées a été reprise par de nombreuses lois dans des domaines variés. Son succès s'explique par la souplesse du procédé conjuguée à son maintien dans un cadre de droit public.

La multiplication des GIP s'est faite sans cadre textuel général de référence, de telle sorte que chaque GIP relève d'un régime juridique tiré de la loi qui le crée, laquelle s'inspire du modèle initial, complété par des solutions jurisprudentielles. La nécessité reconnue depuis longtemps d'un régime juridique unifié des GIP semblait avoir enfin été entendue avec la loi de 2011 qui leur consacre un chapitre II composé de 24 articles relatifs à leur statut. Le résultat a été d'emblée jugé décevant par la doctrine qui peine à voir dans ces dispositions le statut général que l'on attendait. La loi semble en poser l'existence tout en organisant ensuite, de différentes manières, des voies de soustraction à ce régime de droit commun et ce, au point de lui faire perdre cette qualité.

² Loi n° 2011-525 du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit.

³ Loi 82-610 du 15 juillet 1982

Il ne saurait être question d'entrer dans les détails de cette réforme mais seulement de comprendre les raisons qui ont finalement ramené à la baisse l'ambition du projet. La constitution légale d'une nouvelle catégorie de personne publique, caractérisée par des éléments singuliers la distinguant nettement des établissements publics est un défi. Le législateur hésite à fixer un modèle institutionnel qui emprunte au droit privé ses avantages sans pour autant renoncer au cadre du droit public. Entre lois spécifiques et repères jurisprudentiels, le régime juridique du GIP relève d'une gamme de variations qui en font le principal attrait. La loi de 2011 a, en dépit du projet qu'elle affiche, renoncé à l'homogénéiser par un dispositif fermé.

2- Innovation

Les innovations institutionnelles marquantes de ces deux dernières années sont le fruit d'un pragmatisme qui n'abandonne pas pour autant les préoccupations du droit public.

Ainsi, l'attribution de la personnalité juridique à plusieurs autorités administratives indépendantes dénommées alors autorités publiques indépendantes. Emancipation logique ou véritable innovation ? Les deux à la fois, sans doute.

Récemment se sont vues octroyer cette qualité, l'Autorité de régulation des activités ferroviaires⁴ ou encore la Haute autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur Internet⁵. Ces attributions faisant suite à celles opérées, par exemple, en faveur de l'Autorité des marchés financiers, de la Commission de contrôle des assurances des mutuelles et des institutions de prévoyance (CCAMIP) devenue ensuite Autorité de contrôle des assurances et des mutuelles (ACAM) puis absorbée par l'Autorité de Contrôle Prudentiel ou encore la Haute autorité de santé.

⁴ ARAF, loi du 8 décembre 2009 relative à l'organisation et à la régulation des transports ferroviaires et portant diverses dispositions relatives aux transports.

⁵ HADOPI, loi du 12 juin 2009 favorisant la diffusion et la protection de la création sur Internet

Nouvelle catégorie de personnes publiques spécialisées, les autorités publiques indépendantes s'inscrivent dans ce mouvement de redécoupage de catégories centrales du droit administratif. L'on constate que si les autorités dites indépendantes sont maintenues dans une position quelque peu ambiguë par rapport à l'exécutif et aux autorités juridictionnelles⁶, le choix d'attribuer à certaines d'entre elles la personnalité juridique semble assez simple. Il s'agit concrètement de poser leur capacité d'imputation et donc la possibilité d'engager leur responsabilité civile⁷.

La question du statut des autorités administratives indépendante a été soulevée, sous un autre angle, à l'occasion du projet d'inscription dans la Constitution du Défenseur des droits. Les incertitudes relatives à leur place parmi les pouvoirs publics n'ont pas été levées, bien au contraire, à cette occasion. Le choix opéré par la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008⁸ d'insérer dans la Constitution un article XI bis relatif au Défenseur des droits élude la question plus qu'il ne la résout. En plaçant prudemment cette autorité entre un Titre XI relatif au Conseil économique, social et environnemental et un Titre XII consacré aux collectivités territoriales, le pouvoir constituant choisit un positionnement relativement neutre en ce qu'il ne renferme aucune réelle signification.

Et la précision apportée par la loi organique du 29 mars 2011⁹ qui y voit une autorité constitutionnelle indépendante ne livre pas davantage d'éclaircissement. Tout au

⁶ Cf infra

⁷ Cf CE Assemblée générale - Avis du 8 septembre 2005 relatif à la CCAMIP n° 371.558 : « Dès lors que la capacité juridique lui a ainsi été attribuée, il appartient à cette commission, en vertu du principe général selon lequel nul n'est responsable que de son fait, auquel ni la nature des missions confiées à la commission, ni les modalités selon lesquelles elle les exerce n'impliquent de déroger, d'assumer les conséquences des actions en responsabilité qui pourraient être engagées contre elle à l'occasion des fautes commises dans l'exercice de ces missions. »

⁸ Loi n° 2008-724 de modernisation des institutions de la Ve République

⁹ Loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits

plus s'agit-il, selon le Conseil constitutionnel, d'une « autorité administrative dont l'indépendance trouve son fondement dans la Constitution »¹⁰. Et le Conseil ajoute, décourageant ainsi toute velléité d'y lire autre chose, que « cette disposition n'a pas pour effet de faire figurer le Défenseur des droits au nombre des pouvoirs publics constitutionnels ».

Tout cela donc, c'est-à-dire un ancrage dans le texte constitutionnel qui offre à l'autorité une garantie de stabilité. Mais seulement cela aussi, puisqu'il n'est pas question de conférer aux autorités constitutionnelles indépendantes un statut affectant la définition et l'organisation des pouvoirs.

Innovation encore avec la loi du 28 mai 2010 relative aux sociétés publiques locales¹¹. Le mobile de cette création est de doter les collectivités locales d'un outil de gestion publique performant et permettant d'échapper aux règles de mise en concurrence. Comme le précise en effet la circulaire de 2011, il s'agit -avec la société publique locale d'aménagement créée en 2006- de leur offrir un modèle « permettant de recourir à une société commerciale sans publicité ni mise en concurrence préalables dès lors que certaines conditions sont remplies ». Les sociétés publiques locales sont donc vouées à intervenir pour le compte de leurs actionnaires dans le cadre de prestations intégrées désignées par les termes de quasi-régies ou « in house »¹².

¹⁰ Déc 2011-626 DC du 29 mars 2011

¹¹ Loi n° 2010-559 du 28 mai 2010 pour le développement des sociétés publiques locales complétée par la circulaire du 29 avril 2011

¹² Cf art L.1531-1 du Code général des collectivités territoriales

La création des sociétés publiques locales était attendue car elle s'inscrit dans une démarche déjà largement mise en place par la jurisprudence européenne¹³.

Mais le procédé suscite tout de même l'étonnement dans la mesure où la société publique locale place entre les mains des collectivités territoriales une structure de droit privé à un moment où la formule la plus prisée est celle d'un partenariat avec des opérateurs purement privés invités à s'engager sur le terrain de l'action publique. L'audace ne se loge donc pas seulement dans des partenariats de plus en plus poussés mais aussi, et toujours, dans le maniement des outils de droit privé par les personnes publiques.

Petite réforme et vraie désillusion enfin, avec la loi du 16 décembre 2010¹⁴. Sans procéder à l'examen en détail de son contenu, il convient d'évoquer deux questions qui ont retenu l'attention en exhumant de vieilles questions.

Tout d'abord la création de la métropole, entité qui avait alimenté force débats et attentes, et qui apparaît dans la loi sous la forme, somme toute modeste, d'un « établissement public de coopération intercommunale regroupant plusieurs communes d'un seul tenant et sans enclave et qui s'associent au sein d'un espace de solidarité pour élaborer et conduire ensemble un projet d'aménagement et de développement économique, écologique, éducatif, culturel et social de leur territoire afin d'en améliorer la compétitivité et la cohésion »¹⁵.

¹³ Voir notamment CJCE 18 novembre 1999 Teckal C-107/98, CJCE 11 mai 2006 Carbotermo C-340/04, CJCE 13 octobre 2005 Parking Brixen GmbH C-458/03, CJCE 19 avril 2007 Asemfo C-295/05.

¹⁴ Loi n° 2010-1563 du 16 décembre 2010 de réforme des collectivités territoriales.

¹⁵ Art. L. 5217-1 du code général des collectivités territoriales, voir aussi le pôle métropolitain art .L. 5731-1 du même code.

Puis la position adoptée par le Conseil constitutionnel à propos de cette même loi¹⁶ en ce qui concerne la clause générale de compétence. Le Conseil y affirme à propos de l'article 48 de la loi du 10 août 1871 précisant que le conseil général délibère « sur tous les objets d'intérêt départemental dont il est saisi, soit par une proposition du préfet, soit sur l'initiative d'un de ses membres » que « ces dispositions n'ont eu ni pour objet ni pour effet de créer une «clause générale» rendant le département compétent pour traiter de toute affaire ayant un lien avec son territoire; que, par suite, elle ne saurait avoir donné naissance à un principe fondamental reconnu par les lois de la République garantissant une telle compétence; ».

Voilà ainsi sobrement et fermement clôt un débat qui a opposé les partisans d'une clause générale de compétence établie sur un critère territorial à ceux qui en restent à une simple compétence d'attribution non incompatible avec les principes constitutionnels relatifs aux collectivités territoriales dont celui de libre administration¹⁷.

1.2 Approfondissement des droits

L'approfondissement des droits est favorisé par la poursuite du mouvement d'ouverture du prétoire. Il résulte aussi de l'adaptation de leur contenu normatif à l'évolution du contexte dans lequel ils sont invoqués.

1-Ouverture du prétoire.

La jurisprudence récente offre deux illustrations différentes de cette conception plus extensive de l'acte administratif susceptible de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir.

¹⁶ Décision n° 2010-618 DC du 09 décembre 2010.

¹⁷ Cf J-M. Pontier, Requiem pour une clause générale de compétence, La semaine juridique. Administrations et collectivités territoriales, 2011, n° 2, p. 47-55.

Le statut des détenus est l'objet, depuis quelques années, d'une construction jurisprudentielle importante relayée par le législateur. Elle comporte notamment une série de décisions admettant le recours contre des mesures adoptées dans l'espace intérieur des prisons et qui affectent la situation du détenu de manière caractérisée¹⁸.

Le Conseil d'Etat confirme cette ligne jurisprudentielle. Il a ainsi jugé en 2010¹⁹ que la décision portant sur l'organisation des visites aux détenus est un acte faisant grief, dans la mesure où «par sa nature, cette décision (...) affecte directement le maintien des liens des détenus avec leur environnement extérieur; que compte tenu de ses effets possibles sur la situation des détenus, et notamment sur leur vie privée et familiale, qui revêt le caractère d'un droit fondamental, elle est insusceptible d'être regardée comme une mesure d'ordre intérieur et constitue toujours un acte de nature à faire grief ».

De même la Haute Juridiction a considéré que l'affectation d'un détenu en régime différencié « portes fermées » est susceptible de recours²⁰.

La teneur de la norme peut être également un obstacle à la recevabilité du recours. Le problème a été soulevé à propos d'une recommandation de la Haute autorité de santé

¹⁸ CE Ass 17 février 1995 Marie req 97754, CE 14 décembre 2007 Garde des sceaux, ministre de la justice c/ Boussouar req 290730, décision dans laquelle est désignée comme telle toute mesure qui «eu égard à sa nature et à l'importance de ses effets sur la situation des détenus (...) constitue un acte administratif susceptible de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir et non une mesure d'ordre intérieur», voir aussi CE 30 juillet 2003 Garde des sceaux, ministre de la justice c/ Remli, req 252712, CE Ass14 décembre 2007 Planchenault req 290420.

¹⁹ CE 26 nov 2010 Bompard req 329564.

²⁰ 28 mars 2011 Garde des Sceaux req 316977 : « qu'ainsi, par sa nature et par ses effets sur ses conditions de détention, notamment au regard de l'objectif de réinsertion sociale, la décision par laquelle un détenu est placé en régime différencié pour être affecté à un secteur dit portes fermées, alors même qu'elle n'affecte pas ses droits d'accès à une formation professionnelle, à un travail rémunéré, aux activités physiques et sportives et à la promenade, constitue une décision susceptible de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir »

(HAS)²¹. Si la portée décisive de la recommandation est discutable, son autorité l'est moins et le Conseil en déduit que « eu égard à l'obligation déontologique, incombant aux professionnels de santé en vertu des dispositions du code de la santé publique qui leur sont applicables, d'assurer au patient des soins fondés sur les données acquises de la science, telles qu'elles ressortent notamment de ces recommandations de bonnes pratiques, ces dernières doivent être regardées comme des décisions faisant grief susceptibles de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir ».

La solution n'était pas évidente. En effet, l'on peut voir dans ces recommandations de simples documents d'information non dotés d'un effet contraignant. Et la jurisprudence du Conseil d'Etat confirme d'ailleurs cette analyse notamment vis-à-vis des recommandations de la HAS²². Néanmoins, c'est sur l'invitation du rapporteur public que le Conseil jugera que cette recommandation est un acte faisant grief. A l'appui de cette conception de la recommandation, C.Landais souligne « le fait qu'il s'agisse de santé publique et de risque déontologique pour les professionnels de santé » et donc l'intérêt que soit ouvert le prétoire. Le Conseil avait déjà retenu cette approche, quelques mois auparavant, dans un arrêt acceptant de recevoir un recours dirigé contre une délibération du Conseil national de l'ordre des médecins adoptant un rapport contenant des recommandations de déontologie médicale²³.

2- Pragmatisme normatif.

Le pouvoir normatif du juge -envisagé ici au sens large- n'est plus un tabou théorique depuis longtemps. Il est même la garantie d'une adaptabilité de la règle au renouvellement de la conception des droits. Quelques exemples témoignent des vertus de ce

²¹ CE 16 mars 2011 Association FORMINDEP req 334396, concl C. Landais AJDA 2011.13026

²² CE 12 octobre 2009, Société Glaxosmithkline Biologicals req 322784

²³ CE 17 novembre 2010 Syndicat français des ostéopathes, req 332771, AJDA 2011.295

pragmatisme normatif. Ils sont relatifs à la portée du principe d'égalité et à la conception de différents droits et libertés.

-Le principe d'égalité consiste en un mécanisme mais ne comporte pas de contenu en lui-même. Sa portée et ses conséquences matérielles dépendent donc des données qui en sont l'objet. Deux affaires récentes ont donné au juge l'occasion d'aborder la notion délicate de discrimination, résultante concrète du raisonnement construit à partir du principe d'égalité.

Commençons par un arrêt de 2009²⁴ qui doit sa célébrité, tant à la reconnaissance de l'invocabilité d'une directive non transposée à l'appui d'un recours dirigé contre un acte administratif individuel (cf infra), qu'à la question de l'établissement d'une discrimination. Concernant cette dernière, l'intérêt de la décision réside dans le raisonnement qu'y livre le Conseil d'Etat en matière de preuve d'une discrimination. Il y énonce une sorte de méthode d'établissement de la preuve qui mérite d'être restituée dans son intégralité: « Considérant toutefois que, de manière générale, il appartient au juge administratif, dans la conduite de la procédure inquisitoire, de demander aux parties de lui fournir tous les éléments d'appréciation de nature à établir sa conviction; que cette responsabilité doit, dès lors qu'il est soutenu qu'une mesure a pu être empreinte de discrimination, s'exercer en tenant compte des difficultés propres à l'administration de la preuve en ce domaine et des exigences qui s'attachent aux principes à valeur constitutionnelle des droits de la défense et de l'égalité de traitement des personnes; que, s'il appartient au requérant qui s'estime lésé par une telle mesure de soumettre au juge des éléments de fait susceptibles de faire présumer une atteinte à ce dernier principe, il incombe au défendeur de produire tous ceux permettant d'établir que la décision attaquée repose sur des éléments objectifs étrangers à toute discrimination; que la conviction du juge, à qui il revient d'apprécier si la décision contestée devant lui a été ou non prise pour des motifs entachés de discrimination, se détermine au vu de ces

²⁴ CE Ass 30 oct 2009 Perreux req 298348.

échanges contradictoires; qu'en cas de doute, il lui appartient de compléter ces échanges en ordonnant toute mesure d'instruction utile ».

Peut-être moins spectaculaire que le revirement de jurisprudence relatif aux directives, cet aspect de l'arrêt justifiera sans doute des analyses plus complètes sur l'administration de la preuve et les mesures d'instruction en contentieux administratif. On doit ajouter que le Conseil d'Etat a, par la suite, fait application de cette méthode d'identification d'une discrimination et retenu dans un arrêt de 2011²⁵ une présomption de discrimination non renversée par le défendeur.

Il convient de citer aussi cet arrêt de 2010²⁶ traitant d'une discrimination sous l'angle du contentieux indemnitaire. Le Conseil d'Etat retient la responsabilité sans faute de l'Etat pour rupture de l'égalité devant les charges publiques du fait des difficultés d'accès aux tribunaux d'un avocat handicapé. L'arrêt accorde réparation en considérant le préjudice moral dont se prévaut la requérante en raison des troubles de toute nature que lui causent les conditions d'exercice de sa profession comme présentant un caractère grave et spécial dont la charge excède celle qu'il incombe normalement à l'intéressée de supporter. Peut-on soutenir que l'aménagement spécifique des locaux judiciaires en faveur des personnes affectées d'une mobilité réduite relève d'une « discrimination positive »? On ne le pense pas sauf à adopter de cette notion -à laquelle on préfère celle d'inégalité compensatrice- une conception extensive incluant des types de dispositifs très différents.

- Quelques décisions rendues dans des domaines très divers ont marqué l'actualité jurisprudentielle en raison de la manière dont sont conçues les droits et libertés dont elles traitent.

²⁵ CE 10 janvier 2011 Lévêque req 325268

²⁶ CE Ass 22 octobre 2010 Bleirach req 301572

Liberté de réunion et préservation de l'ordre public.

Par une ordonnance rendue en matière de référé liberté (CE ord 7 mars 2011 ENS req 347171), le Conseil a jugé qu'en interdisant la mise à disposition d'une salle au collectif Palestine ENS, la directrice de l'école « qui a pris en compte à la fois la liberté de réunion et la prévention des risques de troubles à l'ordre public et de contre-manifestations » n'a pas « porté une atteinte grave et manifestement illégale à la liberté de réunion des élèves ».

Outre le contrôle très classique qui est exercé sur la balance faite entre l'exercice d'une liberté et la prévention de l'ordre public, cette décision souligne qu'un établissement d'enseignement supérieur doit garantir aussi « l'indépendance intellectuelle et scientifique de l'établissement, dans une perspective d'expression du pluralisme des opinions ». Cette qualité, plus que liberté, est donc inhérente à la nature de l'établissement impliqué et présentée comme destinée à servir le pluralisme des opinions, notion qui n'est pas sans rappeler l'objectif de valeur constitutionnelle du pluralisme des courants de pensées et d'opinions.

Droits fondamentaux de la personne.

La cour administrative de Douai a retenu la responsabilité de l'Etat pour faute du fait de mauvaises conditions de détention²⁷, la Cour ayant estimé que les requérants « avaient été détenus dans des conditions n'assurant pas le respect de la dignité inhérente à la personne humaine, en méconnaissance de l'article D. 189 précité du code de procédure pénale; qu'une telle atteinte au respect de la dignité inhérente à la personne humaine entraîne, par elle-même, un préjudice moral par nature et à ce titre indemnisable ».

Il faut ajouter, par ailleurs, qu'une loi de 2009 portant sur le service et le régime pénitentiaire consacre une série de dispositions à la condition de la personne détenue dont

²⁷ CAA Douai 12 nov 2009 req 09DA00782

ses différents droits et devoirs et pose un principe de responsabilité, même en l'absence de faute, de l'Etat en cas de décès lié à la violence entre détenus²⁸.

Libertés fondamentales et préservation de l'ordre public.

L'affaire dite du voile intégral illustre fort bien, non sans une ambiguïté savamment entretenue, l'évolution de la conception des droits.

Rappelons tout d'abord que le Conseil d'Etat, dans son « Étude relative aux possibilités juridiques d'interdiction du port du voile intégral » de 2010, s'est prononcé contre une interdiction totale. Le Conseil souligne qu'« une interdiction générale du port du voile intégral en tant que tel ou de tout mode de dissimulation du visage dans l'ensemble de l'espace public serait exposée à de sérieux risques au regard de la constitution et de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales » et ajoute que « dans ces conditions, seule la sécurité publique, composante de l'ordre public, et l'exigence de lutte contre la fraude pourraient fonder une interdiction, mais uniquement dans des circonstances particulières de temps et de lieux ».

La loi du 11 octobre 2010 (n° 2010-1192) interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public, prévoit dans son article 1 que « Nul ne peut, dans l'espace public, porter une tenue destinée à dissimuler son visage » et précise dans son article 2 que « I. — Pour l'application de l'article 1er, l'espace public est constitué des voies publiques ainsi que des lieux ouverts au public ou affectés à un service public. II. — L'interdiction prévue à l'article 1er ne s'applique pas si la tenue est prescrite ou autorisée par des dispositions législatives ou réglementaires, si elle est justifiée par des raisons de santé ou des motifs professionnels, ou si elle s'inscrit dans le cadre de pratiques sportives, de fêtes ou de manifestations artistiques ou traditionnelles. »

²⁸ article 44 de la loi n° 2009-1436 du 24 novembre 2009 pénitentiaire

La prohibition est donc formulée de manière générale et sans aucune allusion au voile religieux qui est à l'origine de cette disposition.

Le Conseil constitutionnel, lui, ne manquera pas de réintroduire cette question dans son analyse (déc 2010-613 DC du 7 octobre 2010) en jugeant que « eu égard aux objectifs qu'il s'est assignés et compte tenu de la nature de la peine instituée en cas de méconnaissance de la règle fixée par lui, le législateur a adopté des dispositions qui assurent, entre la sauvegarde de l'ordre public et la garantie des droits constitutionnellement protégés, une conciliation qui n'est pas manifestement disproportionnée ; que, toutefois, l'interdiction de dissimuler son visage dans l'espace public ne saurait, sans porter une atteinte excessive à l'article 10 de la Déclaration de 1789, restreindre l'exercice de la liberté religieuse dans les lieux de culte ouverts au public ; que, sous cette réserve, les articles 1er à 3 de la loi déferée ne sont pas contraires à la Constitution ; ».

Principe de séparation des Eglises et de l'Etat tel que posé par la loi du 9 décembre 1905.

A l'occasion de cinq arrêts d'Assemblée du 19 juillet 2011, le Conseil d'Etat a précisé, dans un contexte renouvelé, l'intervention des collectivités territoriales dans des projets intéressant les cultes²⁹.

Commençons par les deux premières affaires relatives, pour la première³⁰ à l'acquisition d'un orgue par une commune en vue de l'installer dans l'église de cette dernière, et pour la seconde³¹ à l'attribution par la commune de Lyon à une fondation d'une subvention destinée à un ascenseur installé dans une basilique. Sous réserve de certaines

²⁹ Cf notamment, Le sacré et le local, X.Domino et A. Bretonneau, AJDA 2011.1667

³⁰ CE Ass 19 juillet 2011 Commune de Trélazé req 308544

³¹ CE Ass 19 juillet 2011 Fédération de la libre pensée et de l'action sociale du Rhône req 308817

conditions précisément énoncées, le Conseil ne censure pas ces interventions des communes qui relèvent des liens nécessairement entretenus entre les collectivités et les cultes.

Les trois affaires suivantes visent des cas dans lesquels des collectivités territoriales apportent un concours fondé sur l'intérêt local facilitant l'exercice d'un culte. Il s'agit de l'encadrement des pratiques d'abattage rituel³², de la construction d'une salle qui sera ensuite mise à la disposition d'une association culturelle³³ et de la conclusion d'un bail emphytéotique avec une organisation culturelle³⁴. Là encore, et dans le cadre propre à chaque hypothèse, le juge administratif ménage un espace à ces actions publiques intéressant à des titres divers l'exercice des cultes. Le Conseil d'Etat est resté, dans chacune de ces espèces, « pleinement fidèle à la loi du 9 décembre 1905, dont il fournit une interprétation adaptée aux questions et aux besoins du temps et robuste d'un point de vue tant constitutionnel que conventionnel »³⁵.

Libertés des personnes publiques.

Libertés des collectivités territoriales plus précisément, rappelée à l'occasion de deux questions prioritaires de constitutionnalité.

La première³⁶ posée par un département était relative à la conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit de l'article L. 2224-11-5 du code général des

³² CE Ass 19 juillet 2011 Communauté urbaine du Mans-Le Mans Métropole, req 309161

³³ CE Ass 19 juillet 2011 Commune de Montpellier, req 313518

³⁴ (BEA cultuel, CE Ass 19 juillet 2011 Mme Vayssière req 320796

³⁵ X.Domino et A.Bretonneau, op cit supra

³⁶ décision 2011-146 QPC du 08 juillet 2011 - Département des Landes

collectivités territoriales interdisant que les aides publiques aux communes et groupements des collectivités territoriales compétents en matière d'eau potable ou d'assainissement soient modulées en fonction du mode de gestion du service.

Le Conseil constitutionnel a jugé que la disposition attaquée restreignait la libre administration des collectivités territoriales, en l'espèce des départements, au point de méconnaître les articles 72 et 72-2 de la Constitution.

La seconde³⁷, posée aussi par un département était relative à la conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit de l'article L. 313-5 du code de l'éducation qui vise les centres publics d'orientation scolaire et professionnelle. Le département de Haute-Savoie soutenait que cet article contraignait les collectivités territoriales à financer les dépenses de fonctionnement et d'investissement relatives aux centres d'information et d'orientation qui ont été créés à leur demande, tant que ceux-ci n'ont pas été, soit transformés en service d'État, soit supprimés, alors que la création, la gestion et la suppression de ces centres relèvent de la compétence de l'État. Selon le département requérant, l'article L. 313-5 méconnaissait donc tant le principe de la libre administration des collectivités territoriales que celui de la libre disposition de leurs ressources.

Le Conseil constitutionnel a jugé que, si la collectivité territoriale à l'initiative de laquelle le centre a été créé demande à ne plus assumer la charge correspondant à l'entretien d'un centre supplémentaire dont l'État n'a pas décidé la transformation en service d'État, l'article L. 313-5 a pour conséquence nécessaire d'obliger la collectivité et l'État à organiser sa fermeture. Dès lors, sous cette réserve, cet article est conforme à la Constitution.

³⁷ Décision n° 2011-149 QPC du 13 juillet 2011- Département de la Haute-Savoie

2. L'AUTONOMIE RAISONNEE DU JUGE ADMINISTRATIF.

Le juge administratif poursuit fermement le développement de son office tout en affichant très nettement sa volonté d'ouverture.

2.1 Développement de son office par le juge

Cette tendance se manifeste par le renforcement du contrôle exercé et la levée de bornes que le juge imposait à son office.

1-Renforcement du contrôle.

Plus ou moins nettement exprimée, l'intensification du contrôle de légalité s'apprécie surtout à partir des données de chaque affaire.

Commençons par cet arrêt relatif à une mesure disciplinaire frappant un militaire pour manquement à son devoir de réserve³⁸. Le Conseil annule la décision prononçant la sanction de radiation des cadres, jugeant cette dernière « manifestement disproportionnée ». En d'autres termes, l'examen du contenu de la sanction conduit le juge à relever son caractère inadéquat en raison de son caractère évidemment excessif³⁹.

L'on peut y déceler le signe qu'a été opéré ici un examen plus poussé que celui de l'erreur manifeste d'appréciation que le juge exerçait déjà sur les conséquences de la qualification juridique. En effet, ce contrôle, situé au-delà de celui qui s'en tient à la seule qualification des faits, restait toutefois présenté comme un contrôle restreint sur le degré de gravité de la sanction disciplinaire infligée à un fonctionnaire⁴⁰. Les

³⁸ CE 12 janvier 2011 Matelly req 338461

³⁹ Voir également CE sect 1 février 2006 Touzard, req 271676

⁴⁰ CE Sect 9 juin 1978 Lebon req 05911

éléments de l'affaire jugée en 2011 laissent penser que le juge a exercé un contrôle moins retenu de la sanction même si la mesure des degrés du contrôle de l'erreur manifeste et de la disproportion reste bien délicate à effectuer. Et ce, d'autant plus lorsqu'il s'agit de comparer une décision dans laquelle l'erreur manifeste n'est finalement pas établie et une autre retenant que la sanction est manifestement disproportionnée.

Plus net est le renforcement du contrôle -de restreint à normal c'est-à-dire entier- exercé par le juge administratif en 2010⁴¹ sur les motifs d'un décret du Président de la République révoquant un maire ou des adjoints en application de l'article L. 2122-16 du code général des collectivités territoriales⁴².

L'on retiendra aussi cet arrêt de 2010⁴³ dans lequel le juge de l'excès de pouvoir exerce un contrôle normal sur la sanction prononcée par la Fédération française d'athlétisme en cas de faits constatés de dopage.

2-Amplitude du contrôle

Le juge débride son office donnant ainsi de l'amplitude à l'examen juridictionnel qu'il lui appartient de mettre en œuvre pour traiter le régler le litige qui lui est soumis. Le développement du contrôle de conventionalité, le traitement d'une question prioritaire de constitutionnalité soulevé devant le juge des référés ou encore le contrôle des conditions d'invocabilité de la règle internationale donnent la mesure de cette extension par le juge de son office.

⁴¹ CE 20 mars 2010 Dalongeville req 328843

⁴² à comparer avec CE Ass 27 février 1981 Wahnape req 14361 dans lequel le Conseil relève à propos d'une décision identique l'absence d'erreur manifeste d'appréciation

⁴³ CE 2 mars 2010 Fédération française d'athlétisme req 324439

- Le refus du juge administratif de procéder à l'exercice du contrôle de conventionalité de la loi postérieure au traité procédait du constat de sa propre incompétence et non d'une limite tenant à son office. C'est bien, en revanche, l'office du juge qui est en cause lorsque cette question est soulevée devant le Tribunal des conflits ou devant le juge des référés.

Le Tribunal des Conflits a accepté de procéder à un contrôle de conventionalité de la loi dans une décision de 2010⁴⁴ qui pose en termes très clairs les éléments qui délimitent son office et l'hypothèse dans laquelle s'y insère l'examen de la loi au regard d'une règle supranationale : « Considérant qu'en principe, il n'appartient pas au Tribunal des conflits, dont la mission est limitée à la détermination de l'ordre de juridiction compétent, de se substituer aux juridictions de cet ordre pour se prononcer sur le bien-fondé des prétentions des parties ; qu'en revanche, il lui incombe de se prononcer sur un moyen tiré de la méconnaissance des stipulations d'un traité lorsque, pour désigner l'ordre de juridiction compétent, il serait amené à faire application d'une loi qui serait contraire à ces stipulations ». Les données de l'espèce ajoutent à l'intérêt de cette affaire. Le texte invoqué est l'article 6 de la CEDH en ce qu'il s'oppose à toute « ingérence du pouvoir législatif dans l'administration de la justice afin d'influer sur le dénouement judiciaire des litiges (...) notamment par l'adoption d'une disposition législative conférant une portée rétroactive à la qualification en contrats administratifs de contrats relevant du droit privé ».

Quelques mois auparavant en juin 2010⁴⁵ dans une affaire qui a surtout retenu l'attention par la manière dont elle pose l'articulation entre question prioritaire de constitutionnalité et procédure d'urgence (cf infra), le Conseil d'Etat a, en tant que juge des référés, opéré une avancée remarquable sur le terrain du contrôle de conventionalité de la

⁴⁴ TC 13 décembre 2010 Sté Green Yellow C 3800

⁴⁵ CE 16 juin 2010 Mme Diakité 340250, note O. Le Bot, AJDA 2010.1662

loi. On sait que le juge considère ce dernier comme extérieur à son office⁴⁶ et qu'il n'a pas varié en la matière sauf par l'introduction de quelques nuances résidant dans la possibilité de tirer les conséquences de l'inconventionnalité d'une norme de droit interne qui aurait déjà été mise en évidence par le juge du fond ou par la Cour de justice⁴⁷.

Cette restriction de l'office du juge des référés a évidemment suscité des objections fondées sur la jurisprudence communautaire et sur la possibilité concrète pour le juge de mettre en œuvre ce contrôle y compris dans le cadre particulier d'une procédure d'urgence.

Dans sa décision de 2010, le Conseil rappelle cette réserve -« Considérant qu'un moyen tiré de l'incompatibilité de dispositions législatives avec les règles du droit de l'Union européenne n'est de nature à être retenu, eu égard à son office, par le juge des référés saisi sur le fondement de l'article L. 521-2 du code de justice administrative »- et l'assortit immédiatement d'une exception visant le cas «de méconnaissance manifeste des exigences qui découlent du droit de l'Union » qui vient s'ajouter aux tempéraments précédemment mentionnés et relatifs à une inconventionnalité déjà établie par un autre juge.

Il convient de souligner le lien évident qui unit cette levée des limites pesant sur l'office du juge des référés avec deux décisions majeures sur lesquelles nous reviendrons ultérieurement. Celle du Conseil constitutionnel du 12 mai 2010⁴⁸ qui préserve la faculté et même le devoir qui pèse sur tout juge saisi d'un litige dans lequel est invoquée

⁴⁶ CE 30 décembre 2002 *Ministre de l'Aménagement du territoire et de l'Environnement c/ Carminati* req 240430

⁴⁷ CE, 8 nov. 2002, *Tiscali*, n° 250813, CE 9 décembre 2005 *Allouache* req 287777: « Considérant toutefois, qu'eu égard à l'office du juge des référés, un moyen tiré de la contrariété de la loi à des engagements internationaux n'est pas, en l'absence d'une décision juridictionnelle ayant statué en ce sens, rendue soit par le juge saisi au principal, soit par le juge compétent à titre préjudiciel, susceptible d'être pris en considération »

⁴⁸ Déc 2010-605DC du 12 mai 2010 rendue à propos de la loi n° 2010-476 du 12 mai 2010 relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne

l'incompatibilité d'une loi avec le droit de l'Union européenne de faire ce qui est nécessaire pour empêcher que des dispositions législatives qui feraient obstacle à la pleine efficacité des normes de l'Union soient appliquées dans le litige. Et celle du Conseil d'Etat⁴⁹ qui rappelle le devoir du juge national d'écarter la loi nationale contraire afin d'assurer la protection juridictionnelle effective des droits tirés du droit de l'Union, y compris par la voie d'une procédure d'urgence.

- Une autre illustration, et non des moindres, de l'évidente audace avec laquelle le juge débride son office y compris lorsque les contraintes pratiques semblent s'y opposer nous est livré par cette même décision à propos de la question prioritaire de constitutionnalité. En effet, dans cette ordonnance, le juge des référés étend aussi l'office du juge du référé-liberté au regard d'une question prioritaire de constitutionnalité. Les modalités de traitement d'une telle question sont très précisément posées: « une question prioritaire de constitutionnalité peut être soulevée devant le juge administratif des référés statuant, en première instance ou en appel, sur le fondement de l'article L. 521-2 de ce dernier code ; que le juge des référés peut en toute hypothèse, y compris lorsqu'une question prioritaire de constitutionnalité est soulevée devant lui, rejeter une requête qui lui est soumise pour défaut d'urgence ; que, lorsqu'il est saisi d'une telle question, il peut prendre toutes les mesures provisoires ou conservatoires nécessaires et, compte tenu tant de l'urgence que du délai qui lui est imparti pour statuer, faire usage, lorsqu'il estime que les conditions posées par l'article L. 521-2 du code de justice administrative sont remplies, de l'ensemble des pouvoirs que cet article lui confère ; qu'enfin il appartient au juge des référés de première instance d'apprécier si les conditions de transmission d'une question prioritaire de constitutionnalité au Conseil d'Etat sont remplies et au juge des référés du Conseil d'Etat, lorsqu'il est lui-même saisi d'une telle question, de se prononcer sur un renvoi de la question au Conseil constitutionnel ».

⁴⁹ CE 14 mai 2010 Rujovic req 312305

La solution n'était pas évidente compte tenu du délai de 48 heures donné au juge pour statuer en matière de référé liberté.

L'articulation des différentes voies de droit s'opère ainsi sans heurt en contentieux administratif (cf infra). Le juge œuvrant en ce sens avec une assez bonne volonté même si -ou parce que- cela l'amène à étendre son office pour ménager une place à chacune d'entre elles.

- Le contrôle de l'invocabilité des règles internationales comportait jusqu'à quelques décisions récentes, des limites qui bornaient l'office du juge pour de bonnes raisons qui sont devenues difficilement défendables juridiquement.

Commençons par l'arrêt Perreux de 2009⁵⁰ dans lequel le Conseil d'Etat abandonne la solution contenue dans l'arrêt Cohn-Bendit de 1978.

Cette dernière, toujours maintenue formellement, était déjà largement entamée par une jurisprudence de neutralisation et de contournement. De telle sorte qu'il ne restait alors qu'un élément de divergence de jurisprudence entre le Conseil d'Etat et la Cour de Luxembourg, à savoir celui de « l'effet vertical ascendant des directives ». M. Guyomar concluant sur cette affaire, invita le Conseil à assumer pleinement son « office de juge communautaire » et à admettre que « la question de la justiciabilité des directives ne doit plus être posée seulement en termes de distribution des pouvoirs mais aussi d'allocations des droits ».

Le Conseil a suivi et très explicitement procédé au revirement de jurisprudence attendu: « tout justiciable peut se prévaloir, à l'appui d'un recours dirigé contre un acte administratif non réglementaire, des dispositions précises et inconditionnelles d'une directive, lorsque l'Etat n'a pas pris, dans les délais impartis par celle-ci, les mesures de transposition nécessaires ».

⁵⁰ CE Ass 30 oct 2009 Perreux req 298348, conclusions de M.Guyomar, RFDA 2009.1125

Il complétera ensuite cette décision par un avis de mars 2011⁵¹ dans lequel il est rappelé comment la CJUE établit la précision et l'inconditionnalité des dispositions de la directive.

L'invocabilité d'un traité est aussi subordonnée à la condition de réciprocité telle que posée à l'article 55 de la Constitution. Elle constitue une sorte de borne à la primauté des traités sur la loi de nature à rassurer ceux qui refusent l'idée que cette dernière puisse être soumise à des règles tirés d'engagements que ne respecteraient pas les autres parties. Hormis les cas où cette condition n'a pas vocation à intervenir (droit de l'Union européenne et traités relatifs aux droits de l'homme), le juge administratif accepte de lui donner son plein effet mais a longtemps refusé de procéder lui-même au contrôle de sa réalisation⁵² renvoyant au ministre des affaires étrangères le soin de se prononcer sur cette question. Ce refus reposait sur l'idée que la vérification de l'application du traité est une question de nature politique, étrangère aux attributions du juge et ne relevant donc pas de son office.

Cette jurisprudence prête le flanc à la critique. D'abord parce qu'elle fait largement dépendre la solution du litige de la réponse donnée par l'Etat, lequel peut être partie au procès. Ensuite parce qu'elle conduit à soustraire le traitement de la question aux règles du procès. Ce dernier point a été relevé par la Cour européenne des droits de l'homme qui, dans un arrêt de 2003⁵³, a jugé que la mise en œuvre de la question préjudicielle par le juge administratif est constitutive d'une violation de l'article 6 § 1 de la Convention « en ce que la cause de la requérante n'a pas été entendue par un « tribunal » de

⁵¹ CE avis 21 mars 2011 345978

⁵² CE Ass 29 mai 1981 Rekhou et Belil, req 15092 et 15408, CE Ass 9 avril 1999, Mme Chevrol-Benkeddach, req 180277

⁵³ CEDH 13 février 2003 Chevrol c/France Req 49636/99

pleine juridiction ». Au total, ce refus peut être considéré comme une « mutilation de la fonction juridictionnelle » selon les termes du président Labetoulle⁵⁴.

Elle a finalement été abandonnée par le Conseil d'Etat en 2010⁵⁵. Il est admis désormais qu'il appartient au juge administratif « lorsqu'est soulevé devant lui un moyen tiré de ce qu'une décision administrative a à tort, sur le fondement de la réserve énoncée à l'article 55, soit écarté l'application de stipulations d'un traité international, soit fait application de ces stipulations, de vérifier si la condition de réciprocité est ou non remplie ; qu'à cette fin, il lui revient, dans l'exercice des pouvoirs d'instruction qui sont les siens, après avoir recueilli les observations du ministre des affaires étrangères et, le cas échéant, celles de l'Etat en cause, de soumettre ces observations au débat contradictoire, afin d'apprécier si des éléments de droit et de fait suffisamment probants au vu de l'ensemble des résultats de l'instruction sont de nature à établir que la condition tenant à l'application du traité par l'autre partie est, ou non, remplie ».

En définitive, le juge se met en conformité avec les exigences européennes tirées de l'article 6 §1 et poursuit le mouvement d'extension de son office à l'égard des traités et accords internationaux.

En ce sens, mérite aussi d'être cité cet arrêt de 2010 dans lequel le juge affirme la portée et l'autonomie de son pouvoir de qualification au regard d'une disposition de la CEDH à l'occasion du recours pour excès de pouvoir exercé contre une instruction fiscale⁵⁶.

⁵⁴ Concl. sur CE, sect., 27 oct. 1978 Debut n° 07103

⁵⁵ CE Ass 9 juillet 2010 Cheriet Benseghir, req 317747, Concl G.Dumortier, RFDA 2011.1133, J-F.Lachaume, L'application des conventions internationales : le contrôle du juge sur le respect de la condition de réciprocité, RFDA 201.1146

⁵⁶ CE 2 juin 2010 Fondation de France req 318014

Après avoir rappelé qu'il est dans les pouvoirs du juge administratif de se prononcer sur le bien-fondé des moyens dont il est saisi et, le cas échéant d'écarter de lui-même, quelle que soit l'argumentation du défendeur, un moyen qui lui paraît infondé, le Conseil indique que saisi de conclusions relatives à l'atteinte au droit au respect des biens garanti par l'article 1er du premier protocole additionnel à la CEDH, « il appartient au juge de se prononcer sur l'existence d'un bien au sens et pour l'application de ces stipulations, alors même que le défendeur ne contesterait pas cette existence ». Et il est précisé « qu'en statuant ainsi, le juge ne relève pas d'office un moyen qu'il serait tenu de communiquer aux parties ».

Ajoutons que le Conseil d'Etat vient préciser la notion d'espérance légitime constitutive d'un bien au sens des dispositions du premier protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme et se place ainsi dans la lignée d'un précédent arrêt de 2008⁵⁷ dans lequel il avait été établi qu'à défaut de créance certaine, l'espérance légitime d'obtenir la restitution d'une somme d'argent doit être regardée comme un bien au sens des stipulations de l'article 1er du premier protocole additionnel à la CEDH. En l'espèce il est jugé que la Fondation de France ne pouvait plus se prévaloir de l'espérance légitime de bénéficier des crédits d'impôt revendiqués. Certains commentateurs y ont vu une conception de l'espérance légitime plus restrictive que celle de la jurisprudence européenne⁵⁸.

Et doit être mentionné enfin cet important arrêt d'assemblée de décembre 2011⁵⁹ relatif à la conciliation de règles internationales invoquées comme règles de référence. Il

⁵⁷ CE 19 novembre 2008 Getecom req 292948

⁵⁸ D. Bailleul, De l'espérance légitime d'obtenir un avantage à l'espérance légale de conserver un droit AJDA 2010.1828

⁵⁹ CE Ass 23 décembre 2011 Brito Paiva req 303678, concl J.Boucher RFDA 2012.1, note D.Alland, Le juge interne et les « conflits de traités » internationaux, RFDA 2012.26

s'agit pour le Conseil de préciser l'office du juge en présence d'un moyen tiré de l'incompatibilité des stipulations, dont il a été fait application par la décision en cause, avec celles d'un autre traité ou accord international. Il est indiqué à ce sujet « qu'il incombe dans ce cas au juge administratif (...) de définir, conformément aux principes du droit coutumier relatifs à la combinaison entre elles des conventions internationales, les modalités d'application respectives des normes internationales en débat conformément à leurs stipulations, de manière à assurer leur conciliation, en les interprétant, le cas échéant, au regard des règles et principes à valeur constitutionnelle et des principes d'ordre public ». Et il est ajouté que dans l'hypothèse où « il n'apparaît possible ni d'assurer la conciliation de ces stipulations entre elles, ni de déterminer lesquelles doivent dans le cas d'espèce être écartées, il appartient au juge administratif de faire application de la norme internationale dans le champ de laquelle la décision administrative contestée a entendu se placer ».

2.2 Volonté de coopération juridictionnelle

Le juge administratif a œuvré, sans se faire trop prier, en faveur de l'articulation des voies de droit et de ses conséquences.

1-Articulation des voies de droits

La manière dont le Conseil d'Etat a abordé la question, lourde d'enjeux, de l'articulation de la question prioritaire de constitutionnalité et des autres contrôles, dont celui de conventionalité, est remarquable. Comme l'a été, en sens contraire, celle de la Cour de Cassation.

Rappelons pour commencer la démarche engagée par cette dernière dans son célèbre arrêt Melki de 2010⁶⁰. La Cour pose à la CJUE deux questions préjudicielles dont la première consiste à déterminer si l'article 267 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne s'oppose aux dispositions tirées de la loi organique du 10 décembre 2009 (n°

⁶⁰ Cass 16 avril 2010 Melki et Abdeli n° 10-40001

2009-1523) en ce qu'elles imposent aux juridictions « de se prononcer par priorité sur la transmission, au Conseil constitutionnel, de la question de constitutionnalité qui leur est posée, dans la mesure où cette question se prévaut de la non-conformité à la Constitution d'un texte de droit interne, en raison de sa contrariété aux dispositions du droit de l'Union ». La question est habile et la difficulté réelle.

Avant même que la Cour ne réponde (cf infra), le Conseil constitutionnel est intervenu sur ce problème par une décision du 12 mai 2010, suivi de près par le Conseil d'Etat, l'un et l'autre s'accordant dans ce qui a été perçu comme un duo⁶¹.

Le Conseil constitutionnel⁶² a en effet saisi l'occasion de l'examen d'une loi au titre de l'article 61al 2 et répondu à l'invitation qui lui est faite par les requérants à vérifier que la loi « n'est pas inconstitutionnelle » en se référant pour cela à l'arrêt de la Cour de cassation du 16 avril 2010 qui indique qu'il pourrait exercer « un contrôle de conformité des lois aux engagements internationaux de la France, en particulier au droit communautaire » .

Le Conseil rappelle que « le moyen tiré du défaut de compatibilité d'une disposition législative aux engagements internationaux et européens de la France ne saurait être regardé comme un grief d'inconstitutionnalité ». Par là même, il condamne le point de départ du raisonnement de la Cour de cassation selon lequel le Conseil constitutionnel en cas de saisine d'une question prioritaire de constitutionnalité serait conduit à effectuer un contrôle de conventionnalité. Il ajoute que « l'examen d'un tel grief, fondé sur les traités ou le droit de l'Union européenne, relève de la compétence des juridictions administratives et judiciaires ». Puis enfin et surtout, il indique que « le juge qui transmet une question

⁶¹ Cf D.Simon, Les juges et la priorité de la question prioritaire de constitutionnalité : discordance provisoire ou cacophonie durable ? » Revue critique de droit international privé 2011.1

⁶² déc 2010-605 DC 12 mai 2010 Loi n° 2010-476 du 12 mai 2010 relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne

prioritaire de constitutionnalité, dont la durée d'examen est strictement encadrée, peut, d'une part, statuer sans attendre la décision relative à la question prioritaire de constitutionnalité si la loi ou le règlement prévoit qu'il statue dans un délai déterminé ou en urgence et, d'autre part, prendre toutes les mesures provisoires ou conservatoires nécessaires; qu'il peut ainsi suspendre immédiatement tout éventuel effet de la loi incompatible avec le droit de l'Union, assurer la préservation des droits que les justiciables tiennent des engagements internationaux et européens de la France et garantir la pleine efficacité de la décision juridictionnelle à intervenir ; que l'article 61-1 de la Constitution pas plus que les articles 23 1 et suivants de l'ordonnance du 7 novembre 1958 susvisée ne font obstacle à ce que le juge saisi d'un litige dans lequel est invoquée l'incompatibilité d'une loi avec le droit de l'Union européenne fasse, à tout moment, ce qui est nécessaire pour empêcher que des dispositions législatives qui feraient obstacle à la pleine efficacité des normes de l'Union soient appliquées dans ce litige ».

Le Conseil d'Etat enchaîne immédiatement⁶³ et affirme que les dispositions de la loi organique de 2009 « ne font pas obstacle à ce que le juge administratif, juge de droit commun de l'application du droit de l'Union européenne, en assure l'effectivité, soit en l'absence de question prioritaire de constitutionnalité, soit au terme de la procédure d'examen d'une telle question, soit à tout moment de cette procédure, lorsque l'urgence le commande, pour faire cesser immédiatement tout effet éventuel de la loi contraire au droit de l'Union ; que, d'autre part, le juge administratif dispose de la possibilité de poser à tout instant, dès qu'il y a lieu de procéder à un tel renvoi, en application de l'article 267 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, une question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne ».

L'accord entre les deux juridictions est parfait. Et ne sera pas fragilisé par la Cour de justice qui dans sa décision du 22 juin⁶⁴ invite la Cour de cassation à adopter

⁶³ CE 14 mai 2010 Rujovic 312305

⁶⁴ CJUE 22 juin 2010 Melki et Abdeli C-188/10 et C-189/10

l'interprétation des textes permettant une application du mécanisme de la question prioritaire de constitutionnalité compatible avec le droit de l'Union. Elle indique que l'article 267 TFUE ne s'oppose pas à une législation d'un État membre qui instaure une procédure incidente de contrôle de constitutionnalité des lois nationales « pour autant que les autres juridictions nationales restent libres:

- de saisir, à tout moment de la procédure qu'elles jugent approprié, et même à l'issue de la procédure incidente de contrôle de constitutionnalité, la Cour de toute question préjudicielle qu'elles jugent nécessaire,

-d'adopter toute mesure nécessaire afin d'assurer la protection juridictionnelle provisoire des droits conférés par l'ordre juridique de l'Union, et

-de laisser inappliquée, à l'issue d'une telle procédure incidente, la disposition législative nationale en cause si elles la jugent contraire au droit de l'Union. ».

La Cour de cassation fit alors le choix de persister dans son point de vue singulier décidant alors⁶⁵ que « dans l'hypothèse particulière où le juge est saisi d'une question portant à la fois sur la constitutionnalité et la conventionalité d'une disposition législative, il lui appartient de mettre en œuvre, le cas échéant, les mesures provisoires ou conservatoires propres à assurer la protection juridictionnelle des droits conférés par l'ordre juridique européen ; qu'en cas d'impossibilité de satisfaire à cette exigence, comme c'est le cas de la Cour de cassation, devant laquelle la procédure ne permet pas de recourir à de telles mesures, le juge doit se prononcer sur la conformité de la disposition critiquée au regard du droit de l'Union en laissant alors inappliquées les dispositions de l'ordonnance du 7 novembre 1958 modifiée prévoyant une priorité d'examen de la question de constitutionnalité ; ».

⁶⁵ Cass, ass plén 29 juin 2010 Melki et Abdeli n°10-40001

Est-ce l'office du juge judiciaire qui, parce qu'il ne lui permet pas de prendre les mesures provisoires ou conservatoires, justifie objectivement que ne soit pas respectée la priorité d'examen de la constitutionnalité de la loi ? Et ce, alors même qu'il serait envisageable d'attribuer au juge du fond le pouvoir de prendre ces mesures ?

Il semble bien, en tout cas, que le Conseil d'Etat éprouve moins de réticence à penser son office comme « l'office communautaire du juge national ». Et l'on mesure alors, toute la portée de la décision du 16 juin 2010 Mme Diakité de ce point de vue.

2-Autorité de la chose jugée

Les suites données par le Conseil d'Etat à une décision du Conseil constitutionnel rendue à propos d'une question prioritaire de constitutionnalité dans deux affaires récentes, permettent d'apprécier l'état d'esprit dans lequel le juge administratif entend appliquer cette nouvelle voie de droit.

La disposition en cause dans la question portée devant le Conseil constitutionnel est l'article L114-5 Code de l'action sociale et des familles encore appelé loi anti-Perruche⁶⁶. Il est prévu, en outre à l'article 2 de la loi du 11 février 2005 non codifié que ces dispositions « sont applicables aux instances en cours à la date d'entrée en vigueur de la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 précitée, à l'exception de celles où il a été irrévocablement statué sur le principe de l'indemnisation ».

Cependant la Cour européenne des droits de l'homme a jugé en 2005⁶⁷ que l'application de ces dispositions aux instances en cours est contraire au droit au respect des

⁶⁶ L'article 2 II-1 de la loi n° 2005-102 du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées décide que « Les trois premiers alinéas du I de l'article 1er de la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé deviennent l'article L. 114-5 du code de l'action sociale et des familles »

⁶⁷ CEDH 6 octobre 2005 Maurice c. France et Draon c. France n° 11810/03 et 1513/03

biens garanti par l'article 1er du premier protocole à la CEDH. De telle sorte la loi a été écartée pour les requérants qui avaient introduit une instance avant l'entrée en vigueur de la loi du 4 mars 2002 et le régime jurisprudentiel antérieur est resté applicable. On rappellera, en outre, que le Conseil d'État avait adopté une position différente sur cette question⁶⁸.

Une question prioritaire de constitutionnalité ayant été soumise par le Conseil d'État en 2010⁶⁹, le Conseil constitutionnel a été conduit à se prononcer sur l'entrée en vigueur de ces dispositions⁷⁰. Sa réponse n'est pas dépourvue d'équivoque en ce que les nuances qu'il introduit dans les motifs de sa décision ne sont pas reprises dans le dispositif. En effet, le Conseil indique dans les motifs que le législateur a rendu le dispositif anti-Perruche applicable aux instances non jugées de manière irrévocable à cette date, puis ajoute que « si les motifs d'intérêt général précités pouvaient justifier que les nouvelles règles fussent rendues applicables aux instances à venir relatives aux situations juridiques nées antérieurement, ils ne pouvaient justifier des modifications aussi importantes aux droits des personnes qui avaient, antérieurement à cette date, engagé une procédure en vue d'obtenir la réparation de leur préjudice ». Mais il ne mentionne pas cette distinction dans le dispositif et déclare simplement la disposition transitoire contraire à la Constitution.

En clair et comme le résume parfaitement un commentateur⁷¹, la décision quelque peu énigmatique car «si la censure de l'application de la loi anti-Perruche aux instances en cours ne fait aucun doute, comment interpréter le sort réservé à son application aux instances postérieures ? »

⁶⁸ CE Ass 6 déc. 2002, Draon, n° 250167

⁶⁹ CE 14 avril 2010 Mme Lazare n° 329290

⁷⁰ décision n° 2010-2 QPC du 11 juin 2010

⁷¹ P.Deumier, L'après QPC de l'anti-Perruche, épisode 1 » RTDC 2012.71

Le Conseil d'Etat tire les conséquences de cette décision⁷² et choisit de lire le dispositif à la lumière des motifs. Il commence par rappeler le cadre des effets dans le temps des déclarations d'inconstitutionnalité rendues sur une question prioritaire de constitutionnalité en citant la décision n° 2010-108 QPC en date du 25 mars 2011, dans laquelle le Conseil constitutionnel a jugé que « si, en principe, la déclaration d'inconstitutionnalité doit bénéficier à l'auteur de la question prioritaire de constitutionnalité et la disposition déclarée contraire à la Constitution ne peut être appliquée dans les instances en cours à la date de la publication de la décision du Conseil constitutionnel, les dispositions de l'article 62 de la Constitution réservent à ce dernier le pouvoir tant de fixer la date de l'abrogation et reporter dans le temps ses effets que de prévoir la remise en cause des effets que la disposition a produits avant l'intervention de cette déclaration ; ».

Puis, reprenant à la lettre les éléments de la décision, le Conseil d'Etat aborde la question concrète de la portée de la décision du Conseil quant à la constitutionnalité du dispositif anti-Perruche. Il affirme « qu'il résulte de la décision du Conseil constitutionnel et des motifs qui en sont le support nécessaire qu'elle n'emporte abrogation » de ce dernier « que dans la mesure où cette disposition rend les règles nouvelles applicables aux instances en cours au 7 mars 2002 ». L'effet rétroactif n'est donc abrogé qu'en tant qu'il vise les instances déjà engagées à la date de l'entrée en vigueur du dispositif.

Saisi du même problème, la Cour de Cassation⁷³ ne suit pas la position du Conseil d'Etat quant à l'interprétation qu'elle donne de la portée abrogative de la décision du Conseil constitutionnel à l'égard du dispositif transitoire déclaré inconstitutionnel : « faute de mention d'une quelconque limitation du champ de cette abrogation, soit dans le dispositif, soit dans des motifs clairs et précis qui en seraient indissociables, il ne peut être

⁷² CE Ass 13 mai 2011 Lazare req 329290, voir aussi CE Ass 17 mai 2011 Delannoy req 317808

⁷³ Cass civ 1 15 dec 2011 10-27473

affirmé qu'une telle déclaration d'inconstitutionnalité n'aurait effet que dans une mesure limitée ».

La limitation de l'effet rétroactif serait-elle donc un *obiter dictum* plutôt qu'une réserve d'interprétation⁷⁴ ? Mais alors si tel était le cas, on ne peut que relever la bonne volonté évidente d'un juge administratif qui applique l'autorité de la chose jugée à une telle incise.

Le Conseil d'Etat et la Cour de cassation ont donc adopté deux approches différentes de la portée de la décision du Conseil constitutionnel à l'égard du dispositif transitoire de la loi du 4 mars 2002. Rien d'inédit dans une telle divergence mais en l'espèce cela aboutit à créer une inégalité de traitement entre les requérants. En effet seront appliquées des règles différentes à des actions engagées postérieurement à l'entrée en vigueur de la loi du 4 mars 2002 -lorsque la naissance des enfants concernés aura été antérieure- selon qu'il s'agit d'un contentieux impliquant un praticien et un établissement du secteur public ou du secteur privé.

Ce bilan nécessairement sélectif n'appelle pas en soi de conclusion mais plutôt une suite. Les premiers mois de l'année 2012 nous livrent déjà quelques beaux témoignages de la toujours forte nature du droit administratif. Quand le conceptualisme ne se refuse pas un certain empirisme, il y a de belles constructions et un certain désordre en perspective.

⁷⁴ P.Deumier L'après-QPC de l'anti-Perruche, épisode 2, RTDC 2012.75