

■ *Le bilan jurisprudentiel 1994-2004* ■

Yves Jegouzo

*Professeur à l'Université Paris I (Panthéon-Sorbonne)
Conseiller d'État en service extraordinaire*

Le bilan jurisprudentiel des dix dernières années constitue l'une des figures imposées des colloques anniversaires des Tribunaux administratifs. L'avantage des figures imposées, c'est qu'elles dispensent de l'originalité. L'inconvénient, c'est que l'exercice doit obéir à des règles bien précises, être complet, objectif, rester dans le cadre imposé des dix années écoulées.

Se livrant, il y a dix ans de cela, au même exercice que moi, le Professeur Peiser, après avoir constaté qu'il ne pouvait respecter tout à la fois ces contraintes du cahier des charges, en concluait que « ce bilan ne peut être que partiel et partial ». Je m'autoriserai de ce précédent pour être également partiel et partial.

Partial en ce sens que je partirai de certaines impressions.

La première est que le cru 1994-2004 me semble avoir été non seulement excellent mais de nature à marquer un véritable virage dans l'histoire du droit administratif français. Si on se réfère à ce « Gault et Millaut » de la jurisprudence que constitue les Grands arrêts de la jurisprudence administrative, la décennie précédente avait eu *Nicolo*, *Alitalia*, *GISTI*, *Conseil de la concurrence* et autres *Cofiroute*. Ce qui était un bilan plus qu'honorable. La période 1994-2004 a eu *Million* et *Marais*, *Didier*, *Sarran*, *Diop*, *Duvignières*, etc., avec toutefois, le constat de la présence dans notre catalogue d'un arrêt de la Cour européenne des droits de l'Homme, l'arrêt *Kreiss* ce qui est à la fois incongru et symbolique. Et, depuis qu'a eu lieu le colloque anniversaire de Grenoble, on peut ajouter l'arrêt *Association AC !* lequel, s'il ne constitue pas une révolution comme l'a écrit Jean-Claude Bonichot¹, ne constitue pas moins une pierre de taille dans la construction de ce que l'on a envie d'appeler le nouveau droit administratif.

La seconde impression m'est personnelle. Ayant été président de l'Université Paris I de 1994 à 1999, j'avoue avoir été pendant cinq ans, et par la force des choses, un lecteur moins assidu du *Lebon* et des revues de droit administratif. Quand, sans avoir totalement muté en huron, je m'y suis replongé en 1999, c'est-à-dire en plein

1. Jean-Claude Bonichot, L'arrêt AC ! évolution ou révolution ?, *AJDA* mai 2004, p. 1049.

Le bilan jurisprudentiel 1994-2004

milieu de notre période de référence, j'ai eu très honnêtement le sentiment que l'on avait changé et « mon » droit administratif et « mon » juge administratif et qu'un bouleversement avait touché tant l'un que l'autre.

* S'agissant de la transformation du droit administratif celui-ci m'apparaît double.

Il tient tout d'abord, à l'ouverture internationale croissante de la sphère dans laquelle doit se mouvoir le juge administratif. Depuis les arrêts Alitalia et Nicolo de 1989, on pressentait qu'était ébranlé l'édifice d'une grande beauté classique qui avait été construit en France par le Conseil d'État à partir de la fin du XIX^e siècle mais qui, s'il avait fortement influencé la construction de certains droits étrangers, avait été conçu dans un contexte exclusivement national. Pensait-on toutefois que la prise en compte par le juge administratif du droit communautaire aurait de telles incidences, non seulement dans le droit public économique et celui des contrats et marchés, mais aussi dans des branches du droit administratif telles que la fonction publique, le domaine public, la police administrative, etc. À plus forte raison, en 1994, pouvait-on pressentir l'impact qu'aurait la jurisprudence de la CEDH tant sur le droit du procès administratif que le régime des sanctions administratives ou le droit des biens ? En quelques années, le juge administratif a ainsi dû apprendre à vivre dans un environnement juridique international qui constitue pour lui à la fois une contrainte forte mais aussi un facteur constant de renforcement de ses pouvoirs et de son rôle.

Cette internationalisation du droit administratif a été de pair avec une évolution plus générale tendant à remettre en cause le rôle de l'État et des structures de l'administration publique. La période 1994-2004 a été en effet marquée par l'accentuation d'un mouvement de banalisation de la puissance publique que laissait pressentir l'affirmation progressive de certains principes fondamentaux du droit communautaire. On savait que les entreprises publiques ou les services d'intérêt économique généraux se trouveraient de plus en plus soumis au droit de la concurrence. Mais il n'est pas sûr que l'on ait pensé que cette évolution toucherait bien d'autres formes de l'action publique. Pour des motifs parfois contradictoires tirés soit de la théorie de l'État de droit et d'un plus grand respect des libertés publiques, soit de la volonté néolibérale de réduire le périmètre de l'État au profit du marché, la spécificité des mécanismes classiques du droit public a été remise en cause tout au long de la période. La « régulation » est maintenant préférée à la police. Les autorités administratives indépendantes se sont multipliées à cet effet. L'utilisateur tend à faire place au consommateur. Les contrats entre personnes publiques sont attirés peu à peu vers le droit de la concurrence. Autant de questions nouvelles qui se posent aujourd'hui au juge administratif. Autant de risques également de voir des pans entiers du contentieux glisser vers des juridictions judiciaires qui se présentent comme le juge naturel dès lors qu'il s'agit d'appliquer le droit commun. On sait que le monisme juridique tend vers le monisme juridictionnel. Ces risques sont apparus

Yves Jegouzo

au grand jour, en 1987, lors du transfert du contentieux des décisions du Conseil de la concurrence à la Cour administrative d'appel de Paris.

Ils expliquent pour une part non négligeable que le juge administratif ait procédé depuis à une mutation sans précédent. Le juge administratif de 2004 n'est plus celui de 1994. Si les cours administratives d'appel ont bien été créées en 1987, elles n'ont que progressivement trouvé leur place et joué tout leur rôle et 1994-2004 est donc bien la première décennie de la nouvelle juridiction administrative. C'est le premier de ces anniversaires traditionnels qui se tiennent à Grenoble où l'on peut faire le bilan du nouvel ordre juridictionnel administratif en complet état de marche. avec sa pyramide à trois niveaux proche de celle des juridictions judiciaires.

De surcroît, la décennie qui s'est écoulée a été celle où plusieurs réformes essentielles que tous connaissent ont permis de renforcer le rôle du juge administratif et son efficacité mesurée en termes tant de rapidité de la justice que d'effectivité dans l'exécution de ses décisions. Il s'agit bien évidemment de la loi du 8 février 1995 qui a renforcé les pouvoirs du juge, injonction, astreinte, etc., et de la loi du 3 juin 2000 instituant notamment le référé suspension et le référé liberté. On remarquera que c'est le législateur, et non la jurisprudence, qui a accompli ces réformes majeures mais il l'a fait le plus souvent à l'instigation du juge administratif et c'est bien la jurisprudence qui s'est attachée ensuite à en tirer tous les effets.

Pour paraphraser le président Labetoulle qui au moment de la mise en œuvre de la loi du 3 juin 2000 sur les procédures d'urgence avait signé une tribune intitulée « le référé nouveau est arrivé »², on peut affirmer qu'en 2004 le juge administratif nouveau est arrivé.

Ce qui me paraît donc avoir caractérisé le plus la période 1994-2004 est cette volonté constante de bâtir une juridiction compétitive, capable à la fois de faire face aux contraintes nouvelles nées de l'internationalisation du droit applicable aux personnes publiques et de faire jeu égal avec les juridictions judiciaires « concurrentes » pour gérer un contentieux qui tend à banaliser le droit qui leur est applicable et par là même, répondre aux aspirations d'un corps social de plus en plus soucieux de protection juridique.

Et c'est cette volonté qui me semble inspirer les grands traits de la jurisprudence administrative de cette période. Elle me paraît marquée par deux constats, qui rappelons-le ne sont que partiels et partiiaux, à savoir, d'une part, l'élargissement du spectre de la légalité que met en œuvre le juge administratif dans l'exercice de son contrôle et, d'autre part, un accroissement constant du contrôle du juge tant en ce qui concerne son champ que ses méthodes ou son effectivité.

2. D. Labetoulle, Le référé nouveau est arrivé, AJDA 2001, 211.

Le bilan jurisprudentiel 1994-2004

I. L'élargissement du spectre de la légalité

La place croissante faite par le juge administratif aux normes internationales comme sources de légalité est sans doute le constat qui s'impose de la façon la plus évidente.

A – Avec un second constat. Si la période 1984-1994 avait été caractérisée par l'irruption du droit communautaire dans la jurisprudence administrative, ce qui caractérise notre décennie semble être le fait que le droit de la Convention européenne des droits de l'Homme s'est engouffré par la porte qu'avait ouverte l'arrêt *Nicolo*.

- À parcourir la jurisprudence des dix dernières années, les incidences de la jurisprudence de la CEDH sur la juridiction administrative sont multiples.

C'est bien évidemment l'article 6 § 1 sur le droit au procès équitable et au juge indépendant et impartial qui a été à l'origine de certains des arrêts les plus importants de la période. Ils ont concerné les procédures mises en œuvre devant les autorités administratives indépendantes qu'il s'agisse de la COB (CE Ass. 3 décembre 1999, *Didier*³) ou de la Commission bancaire (CE 20 décembre 2000, *Sté Habib Bank Limited*⁴). Sous l'impact du droit de la CEDH, celles-ci ont fait l'objet d'une juridictionnalisation croissante. Cette évolution va également concerner notamment l'une des manifestations les plus évidentes des prérogatives de puissance publique, à savoir les sanctions administratives qu'elles soient d'ailleurs prononcées directement par l'administration ou par des autorités administratives. Le jeu combiné de l'extension du contrôle du juge et du respect de l'article 6-1 de la CEDH va conduire la jurisprudence à les enserrer dans un réseau de plus en plus serré d'obligations procédurales (droits de la défense, neutralité et impartialité, etc. (CE 3 déc. 1999 *Didier*, GAJA 807). Ce qui peut conduire, comme l'a souligné J.-M. Delarue⁵, à priver ces procédures des vertus qui avaient conduit à les créer à côté des sanctions prononcées par le juge, à savoir, la rapidité, l'efficacité.

Mais, c'est aussi la composition du tribunal et notamment la participation du rapporteur au délibéré qui ont fait l'objet de débats au sein de la Cour de Strasbourg et de solutions nouvelles inspirées de l'article 6 § 1 (CE 3 déc. 1999, *Leriche*⁶).

3. Rec. 399, GAJA n° 110, RFDA 2000, 584, concl. Seban, AJDA 2000, 126, chron. Guyomar et Collin, JCP 2000, II, 10267, note Sudre, RDP 2000, 349 note Guettier.

4. Rec. 433, concl. Lamy, AJDA 2000, 1001, chron. Guyomar et Collin, 1071, note Dubra de Biesses, D 2000, 2885, note Louvaris.

5. Actualité de la problématique de la sanction administrative, AJDA 2001, n° spécial sur les sanctions administratives, p. 13.

6. Rec. 399, AJDA 2000, p. 126, chron. Guyomar et Collin, Dr. soc. 194, concl. Schwartz.

Yves Jegouzo

De la même façon, la référence à l'article 14 de la CEDH et à l'article 1^{er} du premier protocole additionnel à la CEDH a conduit le juge, dans l'arrêt Diop (CE 30 nov. 2001, *Ministre de la défense c. Diop*⁷) à considérer qu'il devait écarter l'application d'une disposition législative du Code des pensions civiles limitant les droits à pension des personnes ayant perdu la nationalité française du fait de la décolonisation et constituant, de ce fait, une différence de traitement injustifiée.

Enfin, l'article 6 de la CEDH - un colloque tenu récemment à Nantes⁸ l'a bien montré - a eu des incidences majeures sur le droit administratif des biens et notamment le principe de non-indemnisation des servitudes d'urbanisme. Cela a conduit le Conseil d'État, dans l'arrêt Bitouzet⁹ à rechercher comment concilier ce principe avec la jurisprudence de la Cour de Strasbourg, même si certains commentateurs ont considéré que la solution retenue était en trompe l'œil.

Mais, à y regarder de plus près, l'incidence de la CEDH sur l'évolution récente du droit administratif est souvent plus indirecte que directe. Elle conduit plus la jurisprudence administrative à réaffirmer ou à faire évoluer certains de ses principes traditionnels qu'à se référer directement à la CEDH. C'est au nom du principe de droit interne d'impartialité ou de celui des droits de la défense, certes relus à la lumière de la CEDH, que l'arrêt d'assemblée du 23 février 2002, *Sté Labor Métal*¹⁰ sanctionne un arrêt de la Cour des comptes au motif que l'affaire jugée avait été préalablement évoquée dans le rapport public. C'est la même démarche qui inspire l'arrêt récent du Conseil d'État du 4 juillet 2003, *Dubreuil*¹¹ rendu à propos de la Cour de discipline budgétaire. En notant toutefois que l'impact du droit européen peut être parfois plus net comme le montre l'arrêt sur les lanciers de nains (CE 27 oct. 1995, *Cne de Morsang sur Orge*¹²) qui conduit le juge à élargir la notion d'ordre public en y ajoutant « le respect de la dignité de la personne » notion distincte de la moralité et notablement inspirée du droit conventionnel.

- Cette irruption du droit conventionnel dans la jurisprudence récente ne signifie pas, évidemment, que, parallèlement, le droit communautaire ait cessé d'irriguer le droit administratif français dans les années 1994-2004. Pour s'en assurer, il suffit d'évoquer l'arrêt Griesmar du 29 juillet 2002¹³ et ses conséquences financières qui restent à mesurer.

7. RFDA 2002, 573, concl. Courtial, GAJA, p. 881, AJDA 2001, chron. Guyomar et Collin.

8. Les incidences de la CEDH sur le droit administratif des biens, AJDA 2003, n° 40.

9. CE 3 juillet 1998, Bitouzet, AJDA 1998, 570, chron. Raynaud et Fombeur.

10. Rec. 83, concl. Seban, AJDA 2009, 454, chron. Guyomar et Collin, RDP 2000, 323, note Pretot.

11. CE Ass. 4 juillet 2003, AJDA 2003, 1596, Dubreuil, chr. Donnat et Casas.

12. Rec. 372, concl. Frydman, GAJA 749, AJDA 1995, 878, chr. Stahl et Chauvaux, D 1996, 177, note G. Lebreton, JCP 1996, II, 22630 note F. Hamon, RDP 1996, 536, note Gros et Froment.

13. AJDA 2002, concl. Lamy, p. 823, Dr. soc. 2002, 1131, note Prétot.

Le bilan jurisprudentiel 1994-2004

Mais au-delà de cet accueil du droit européen et conventionnel par le juge administratif, de la perméabilité accrue du droit administratif aux influences internationales, un autre constat s'impose : le développement par le juge des moyens de faire primer le droit communautaire ou européen sur des dispositions nationales qui seraient incompatibles.

L'affaire des dates d'ouverture de la chasse, et la complexe construction juridique à laquelle s'est livrée le Conseil d'État pour vaincre les obstacles que pourrait opposer l'ordre juridique interne à la mise en œuvre des obligations communautaires, démontre la volonté du juge administratif de tirer toutes les conséquences de l'arrêt *Nicolo* et de la suprématie du droit communautaire. Dans l'arrêt du 3 décembre 1999, *Association ornithologique et mammalogique de Saône-et-Loire*¹⁴, le juge a en effet, admis que pour faire obstacle aux dispositions de la loi du 3 juillet 1998 qui fixait elle-même les dates d'ouverture de manière incompatible avec la directive Oiseaux du 2 avril 1979, il était compétent non seulement pour rappeler au Gouvernement l'obligation d'exercer son pouvoir réglementaire, mais aussi de mettre en œuvre la procédure nécessaire pour le récupérer en application de l'article 37 al. 2 de la Constitution. Dans le même sens, on sait que la question se pose aujourd'hui de savoir si le juge des référés peut statuer sur la compatibilité d'une loi avec le droit communautaire¹⁵.

Certes, dans son arrêt du 30 octobre 1998, *Sarran*¹⁶, le Conseil d'État a posé une limite à cette nouvelle hiérarchie des normes en rappelant que la suprématie conférée par l'article 55 de la Constitution aux engagements internationaux « ne s'applique pas dans l'ordre interne aux dispositions de nature constitutionnelle » : le juge administratif ne peut donc écarter l'application d'une loi constitutionnelle en s'appuyant sur les conventions internationales. Mais on sait également qu'ayant à se prononcer sur la régularité de mesures d'exécution de telles lois, le juge devra faire prévaloir le contrôle de conventionnalité.

B – Le spectre de la légalité s'est également élargi dans un autre sens, celui d'un recours et d'une application de plus en plus large par le juge administratif du droit commun.

[1] Dans le principe, la chose n'est pas nouvelle : l'affirmation selon laquelle le fond du droit était lié à la compétence a toujours été contestée et en cette année du bicentenaire du Code civil on ne peut que rappeler les fréquentes applications par

14. Rec. 379, concl. Lamy, GAJA 821, AJDA 2000, 120, chr. Guyomar et Collin, RFDA 2000, 409, note Dubouis, 664, note Favoreu, 668, note B.G., 676 note Bréchillon et 678, note Carcassonne.

15. P. Cassia, Tribune, AJDA 8 mars 2003, 465.

16. GAJA 789, RFDA 1998, 1081, concl. Maugué, notes Alland et 1999, notes Dubouis, Mathieu et Verpeaux, Gohin, AJDA 1998, 962, chr. Raynaud et Fombeur, RDP 1999, 919 note Flauss.

Yves Jegouzo

le juge administratif du Code Napoléon. Mais la soumission de plus en plus fréquente des personnes publiques au droit commun, conséquence de la banalisation croissante de l'action publique, a conduit la jurisprudence à la remettre en cause de plus en plus nettement dans le domaine du droit économique qu'il s'agisse de son volet pénal, des règles de concurrence ou maintenant du droit de la consommation.

- Il en a été ainsi en ce qui concerne le droit pénal. Le Conseil d'État a ainsi annulé la nomination d'un sous-gouverneur à la Banque de France en considérant que celle-ci est illégale du fait de la violation de l'article 432-13 du nouveau code pénal instituant le délit de prise illégale d'intérêt, délit qui englobe le fait pour un fonctionnaire d'occuper un emploi dans une entreprise privée antérieurement soumise à son contrôle (CE 6 déc. 1990, Soc. Lambda¹⁷).

- Mais, c'est surtout le droit de la concurrence qui a fait son entrée remarquée dans le champ de la légalité administrative avec, notamment, l'arrêt du Conseil d'État du 3 novembre 1997, Soc. Million et Marais¹⁸ selon lequel le maintien de la compétence du juge administratif pour connaître d'un acte de dévolution d'un service public n'exclut pas l'application par celui-ci du droit de la concurrence (Ordonnance de 1986 devenue art. L 410-1 et suiv. du nouveau Code de commerce). La jurisprudence inaugurée par cet arrêt a joué un double rôle.

D'une part, elle a constitué une défense efficace contre le glissement progressif de l'ensemble du contentieux économique vers le juge judiciaire, et ceci en dépit du frein qu'avait mis en place la jurisprudence Ville de Pamiers (CE 6 juin 1989, Rec. 293) mais qui risquait d'être remis en cause à plus ou moins long terme.

D'autre part, il faut constater que cette application par le juge administratif du droit de la concurrence aux personnes publiques n'a pas que des effets à sens unique, à savoir l'obligation pour ces dernières, lorsqu'elles souhaitent réaliser des prestations de services pour d'autres collectivités de respecter un certain nombre de contraintes garantissant l'égalité entre les concurrents. Elle a aussi pour effet de légitimer l'intervention des personnes publiques dans des domaines concurrentiels alors même qu'il n'y aurait pas carence du secteur privé. Ceci est assez net dans l'arrêt du 16 octobre 2000, Compagnie méditerranéenne d'exploitation des services d'eau et l'avis Société Louis Bernard Consultant du 8 novembre 2000¹⁹. L'extension du champ d'application du droit de la concurrence, ou plutôt du nouveau principe de

17. Rec. 466, concl. Piveteau, GAJA 765, AJDA 1997, 152, chr. Chauvaux et Girardot, RDP 1997, note J.-M. Auby, R.A. 1997, 27, note Lemoyne de Forges et 155, note Degoffe.

18. Rec. 406, concl. Stahl, GAJA 774, AJDA 1997, 945, chr. Girardot et Raynaud, RDP 1998, 256, note Y. Gaudemet.

19. AJDA 20 déc. 2000, p. 1066, chron. Guyomar et Collin, Voir également Sylvande Perdu, Le juge administratif et la protection des consommateurs, AJDA 8 mars 2004.

Le bilan jurisprudentiel 1994-2004

liberté de concurrence que le juge administratif a bâti sur cette base, a comme contrepartie l'ouverture de certains secteurs économiques à l'intervention des collectivités publiques. Le principe jurisprudentiel de libre concurrence que construit le juge permet de faire une part plus grande aux considérations d'intérêt général que le droit commun de la concurrence. Par exemple, il autorise qu'il soit tenu compte de l'intérêt de favoriser des coopérations entre les collectivités publiques, voire avec l'État. Il a comme conséquence la renaissance d'un droit public économique en un temps où l'on pensait que celui-ci était en voie de disparition.

- La même évolution peut être enregistrée, enfin, s'agissant de l'accueil par le juge administratif du droit de la consommation. Il a ainsi considéré (CE 27 avril 1998, Cornette de Saint-Cyr²⁰) que les dispositions de l'article L 113-3 du Code de la consommation sur la publicité des prix s'appliquait à toutes les activités de prestation de service entrant dans le champ de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986. Ce qui conduit à appliquer à l'utilisateur des services publics concernés les règles parfois plus protectrices dont bénéficie le consommateur de services purement marchands.

[2] Ce recours accru au droit commun explique que le juge administratif, dans la période récente, ait eu moins tendance à développer les sources propres du droit administratif. Il en est ainsi, tout particulièrement, des principes généraux du droit qui constituaient l'une des sources les plus spécifiques du droit administratif. Si on peut penser que certaines nouvelles règles posées par le juge, telles que l'obligation pour l'administration de publier ses règlements²¹ peuvent sans doute être qualifiés de principes généraux du droit, ceci reste exceptionnel et le Conseil d'État préfère, s'agissant notamment du contrôle des décisions de refus d'extradition lorsqu'elle est demandée dans un but politique (CE 3 juill. 1996, Koné²²), se référer aux principes fondamentaux reconnus par les lois de la République plutôt que de construire, comme l'y invitait le commissaire du gouvernement Delarue, un nouveau principe général du droit.

À cette extension du spectre de la légalité correspond la volonté - le mot étant entendu au sens de politique jurisprudentielle délibérée - de la juridiction administrative d'être de plus en plus « concurrentielle ».

20. AJDA 1998, p. 831, concl. C. Maugüe.

21. CE 12 décembre 2003, Syndicat des commissaires et hauts fonctionnaires de la police nationale, AJDA 2004, p. 442, note H.M.

22. Rec. 255, GAJA 757, RFDA 1996, 870, concl. Delarue, 882, notes Favoreu, Gaïa, Labayle, Delvolvé, AJDA 1996, chr. Chauvaux et Girardot, D. 1996, 509 ; note Julien-Laferrère, JCP 1996 ; II, 22720, note Prétot.

Yves Jegouzo

II. Un juge administratif concurrentiel au service de l'État de droit

Un constat général s'impose. Dans le contexte d'une société de plus en plus régie par le droit et de moins en moins « administrée », le juge administratif, en dépit des obstacles liés aux grands principes de séparation de l'administration et du juge judiciaire, s'est trouvé de plus en plus mis en concurrence avec le juge civil, le juge pénal voire le juge européen. Le domaine de la responsabilité des administrateurs l'a particulièrement démontré dans lequel on a vu le justiciable s'engouffrer, bien souvent abusivement, dans la voie pénale du fait des facilités qu'il y trouvait sur le terrain de la procédure ou d'une plus grande effectivité de la justice.

La décade qui vient de s'écouler nous paraît marquée par la nette prise de conscience de la juridiction administrative de cette évolution et par sa volonté d'y faire face en faisant jeu égal avec les juridictions « concurrentes ». Cette compétition, dont le justiciable est le principal bénéficiaire, s'est manifestée par l'extension du champ du contrôle et une amélioration de l'accès au juge administratif (A) mais elle s'est également traduite sur le terrain des pouvoirs du juge (B) et par un effort sans précédent en vue de donner une plus grande effectivité à la justice administrative (C).

A. De moins en moins nombreuses sont désormais les catégories d'actes qui échappent au contrôle du juge administratif.

Le revirement jurisprudentiel qui, en ce domaine, a été le plus significatif a été celui par lequel le Conseil d'État, en 1995, dans les arrêts Hardouin et Marie²³, a affirmé son contrôle sur les mesures d'ordre intérieur. Cette jurisprudence qui a mis un terme à l'une des critiques les plus constantes adressées par la doctrine au dispositif du recours pour excès de pouvoir a été influencée, il faut le souligner, par des considérations de droit international et la comparaison qui pouvait être faite avec la plupart des autres systèmes juridiques européens.

D'une portée pratique moindre, mais constituant une avancée tout aussi remarquable, l'arrêt du Conseil d'État du 5 mars 1999, Président de l'Assemblée nationale²⁴, a posé le principe, selon lequel certains actes parlementaires - en l'espèce les actes du président de l'assemblée nationale en matière de passation de marchés - étaient désormais soumis au contrôle du juge. Dans la foulée de cette jurisprudence, on aurait pu attendre que le règlement de communication des archives du Conseil constitutionnel soit lui aussi soumis au contrôle du juge mais on sait

23. Rec. 82 et 85, concl. Frydman, GAJA 745, AJDA 1995, 379, chr. Touvet et Stahl, D. 1995, 381, note Belloubet-Frier, JCP 1995, II, 22426, note Lascombe et Bernard.

24. Rec. 42, concl. Bergeal, GAJA 797, AJDA 1999, 409, chr. Raynaud et Fombeur.

Le bilan jurisprudentiel 1994-2004

qu'avec sans doute bien des hésitations²⁵ le Conseil d'État refusa de franchir le pas dans l'arrêt Brouant du 25 octobre 2002²⁶.

Tout ceci s'inscrit très nettement dans une tendance lourde du droit contemporain, qui est d'étendre l'emprise du juge, tendance à laquelle participe également, bien que d'une autre manière, l'arrêt Duvignères²⁷. Le Conseil d'État en substituant à la distinction traditionnellement opérée par l'arrêt Notre-Dame de Kreisker entre les circulaires réglementaires et les circulaires interprétatives une nouvelle distinction entre les circulaires impératives ou non impératives, y élargit la possibilité d'attraire devant le juge des circulaires qui, bien que n'ajoutant rien au texte législatif ou réglementaire qu'elles interprètent, en orientent l'application future par l'administration.

B. L'évolution des méthodes et des pouvoirs du juge administratif

1 Le rôle que joue le juge administratif dépend largement des méthodes qu'il utilise pour contrôler l'action de l'administration. Les vingt années précédentes avaient été caractérisées par l'affirmation et le perfectionnement constant du contrôle sur le fondement de l'erreur manifeste d'appréciation qui avait permis au juge d'encadrer plus étroitement le pouvoir discrétionnaire laissé à l'administration. Sur ce terrain, on ne peut dire que l'on ait observé, depuis 1994, des changements notables.

On n'enregistre pas non plus, dans les dix dernières années, d'évolution significative quant au recours par le juge à la méthode du bilan. Celle-ci fonctionne mais sans que soient mises en cause les limites qui sont inhérentes à cette méthode et, notamment, sans que le juge ait encore accepté d'aller jusqu'à un contrôle comparatif des différents partis entre lesquels peut opter l'administration même si la doctrine l'encourage à aller dans ce sens²⁸.

Il faut, toutefois, souligner l'apport du récent arrêt du Conseil d'État Hallal²⁹ qui, pour la première fois, admet que l'administration puisse invoquer devant le juge de l'excès de pouvoir de nouveaux motifs de nature à fonder légalement sa décision, le juge ayant toutefois à apprécier le fait de savoir si l'administration aurait pris la

25. AJDA 2002, 1332, chr. Donnat et Casas.

26. RFDA 2003, 1, concl. Goulard, note Favoreu, 14 note Gonod et Jouanjan, D. 2002, 3034, note Moutouh, RDP 2002, note Camby.

27. RFDA 2003, 274 concl. Fombeur et 510, note Petit, AJDA 2003, 487, chr. Donnat et Casas, JCP A 2003, n° 5, note J. Moreau.

28. B. Seiller, Pour un contrôle de la légalité extrinsèque des déclarations d'utilité publique, AJDA 2003, 1472.

29. CE 6 fév. 2004, Mme Hallal, AJDA 2004, 436, chr. Donnat et Casas.

Yves Jegouzo

même décision si elle s'était fondée initialement sur le même motif. À lire les conclusions du commissaire du gouvernement, Isabelle de Silva, l'objectif poursuivi par le Conseil d'État est clair : il s'agit d'accroître l'efficacité du contentieux de l'excès de pouvoir, d'en accroître l'efficacité. La solution retenue permet de faire l'économie d'un nouveau procès dans l'hypothèse où la décision contestée et annulée pourra être reprise légalement sur un autre motif. Avec un risque, toutefois, celui de placer l'administration en position de force dans son combat avec le justiciable, voire à susciter de la part des services des comportements déviants, la motivation réelle n'étant recherchée et affichée que dans le cadre des contentieux.

[2] Mais, c'est sur le terrain des pouvoirs du juge que les évolutions (révolutions ?) sont les plus remarquables.

- C'est tout d'abord l'affirmation, plus vigoureuse que jamais, de la fonction normative du juge dont l'illustration la plus significative est fournie par l'arrêt Ternon³⁰ dont certains commentateurs ont considéré qu'elle allait trop loin et conduisait le juge à prendre des « arrêts de règlement ».

- Mais dans la décennie écoulée, c'est au législateur, à la loi du 8 février 1995, que l'on doit l'un des renforcements les plus notables des pouvoirs du juge, celui d'adresser des injonctions à l'administration et ainsi de garantir une meilleure exécution des décisions de justice, le législateur ne faisant d'ailleurs ici que satisfaire aux exigences du « procès équitable ».

Mais, alors que la loi du 16 juillet 1980 permettant au juge de condamner l'administration sous astreinte n'avait été utilisée qu'avec prudence et parcimonie, la juridiction administrative a fait jouer à plein les nouveaux pouvoirs que lui attribue la loi du 8 février 1995. Elle a même été très loin dans cette voie avec l'arrêt Bour du 26 février 2003³¹ dans lequel on voit le Conseil d'État, après avoir annulé une décision de préemption, dicter à l'administration la conduite qu'elle doit adopter pour revenir dans la légalité et le faire en lui donnant de véritables instructions sur la façon de procéder à la vente de l'immeuble irrégulièrement préempté, à la fixation du prix, etc.

Cette extension des pouvoirs d'exécution du juge a conduit bon nombre de bons esprits à se demander s'il ne convenait pas d'envisager de nouvelles extensions des pouvoirs du juge de l'excès de pouvoir pouvant comporter, par exemple, un pouvoir de réformation ou, comme en Allemagne, celui de procéder à une déclaration des droits de l'administré. A ces questions, le juge a déjà partiellement répondu

30. CE Ass. 26 oct 2001 Ternon, RFDA 2002, 77, concl. Sénors, note P. Delvolvé, AJDA 2001, 1034, chr. Guyomar et Collin, note Y. Gaudemet.

31. AJDA 2003, 732, chr. Donnat et Casas, BJDU note Fatôme.

Le bilan jurisprudentiel 1994-2004

quelques mois après que l'on ait célébré le cinquantième anniversaire des tribunaux administratifs en décidant, dans l'arrêt Association AC ! et autres, qu'il appartenait au juge administratif, même si c'est à « titre exceptionnel », de décider qu'une annulation ne comporte pas d'effet rétroactif alors que celle-ci est de principe³². Cet arrêt vient couronner, en fait, une décennie qui, comme le soulignent ses commentateurs de la chronique de l'AJDA, « marque une profonde rupture » qui a vu « le juge administratif s'intéresser de plus en plus étroitement aux conséquences de ses décisions et faire entrer dans son office la responsabilité de veiller à l'après jugement », œuvrant ainsi pour une plus grande effectivité de la justice administrative.

C. Les progrès de l'effectivité de la juridiction administrative

- La volonté d'accroître l'efficacité de la justice administrative est à l'origine d'une des réformes les plus importantes qu'a connue la justice administrative dans les dix dernières années, celle des procédures d'urgence. Même si celle-ci est l'œuvre de la loi, il s'agit d'une part, d'un texte que le Conseil d'État a fortement inspiré et, d'autre part, d'une réforme dont sa jurisprudence a assuré, si l'on peut dire, le « service après-vente » visant à lui en donner toute sa portée et cela avec une promptitude qui doit être soulignée.

C'est ainsi que, très vite, la jurisprudence a permis de définir les contours des nouvelles procédures et d'en accompagner les avancées. Cela a été particulièrement évident pour ce qui est du référé suspension pour lequel les conditions présidant à son prononcé ont été précisées par l'arrêt du 19 janvier 2001, Confédération nationale des radios libres³³. Elles l'ont été d'ailleurs avec un relatif libéralisme même si la condition d'urgence reste un frein non négligeable quant à l'efficacité de cette procédure.

Par contre, la notion de liberté fondamentale, au sens du référé liberté, reste l'objet d'un certain nombre d'interrogations. Le juge administratif a, en effet, refusé d'aligner la notion à laquelle se réfère l'article L 521-2 du Code de justice administrative sur celle des libertés et droits fondamentaux reconnus par le Préambule de la Constitution de 1958 ou la Convention européenne des droits de l'homme. Cela ne doit pas d'ailleurs trop étonner quand on connaît le souci du juge administratif de conserver des marges d'appréciation suffisantes pour lui permettre d'agir avec le pragmatisme qui lui est cher. Il en résulte que la jurisprudence relative à la définition des libertés fondamentales au sens du référé, tout en commençant à se dessiner, reste encore à préciser.

32. CE Ass. 11 mai 2004, AJDA 2004, 1183, chr. Landais et Lenica.

33. Rec. 29, RFDA 2001, 378, concl. Touvet, AJDA 2001, 150, chr. Guyomar et Collin, D. 2001, 1414, note Seiller.

Yves Jegouzo

Quoi qu'il en soit, la réforme des procédures d'urgence s'avère d'ores et déjà un succès. Surtout, elle a développé chez le juge administratif une culture de l'urgence qui est tout à fait nouvelle, alors qu'elle était mieux ancrée chez le juge judiciaire. En particulier, le référé-liberté lui a permis de concurrencer le juge judiciaire sur son terrain et de limiter l'appel au référé civil (Voir notamment, CE 18 janvier 2001, Commune Venelles³⁴).

- L'efficacité du recours au juge s'est traduit également sur le terrain de la responsabilité des administrations et, notamment de l'État. Plusieurs décisions, dont certaines ont été fortement médiatisées, ont facilité la mise en œuvre de celle-ci.

En cela la jurisprudence administrative a poursuivi les grandes tendances observées dans la période récente, notamment en matière de responsabilité médicale. Mais sa volonté de socialiser le risque l'a conduit moins à développer les hypothèses de responsabilité sans faute (c'est généralement le législateur qui s'en est chargé en accompagnant ses interventions de la création de fonds d'indemnisation permettant de mieux organiser la solidarité nationale) qu'à maintenir ou à faire évoluer la responsabilité pour faute dans le sens d'une meilleure indemnisation de la victime.

La jurisprudence récente poursuit son évolution vers une réduction toujours plus grande de la place de la faute lourde comme fondement de la responsabilité administrative. Cette tendance est particulièrement nette dans un domaine qui constituait un bastion de la faute lourde, celui de la responsabilité des services judiciaires. Alors que l'on considérait, depuis l'arrêt Darmont du 29 décembre 1978³⁵, que la responsabilité de la justice ne pouvait être engagée que sur le fondement de la faute lourde, cette solution vient d'être partiellement remise en cause par l'arrêt du Conseil d'État du 28 juin 2002, Magiera³⁶ qui substitue la faute simple à la faute lourde pour engager la responsabilité de l'État du fait des retards de la justice.

Surtout, la notion de faute simple a été étirée jusqu'à englober des situations où la faute de l'administration peut s'analyser comme un simple manquement à une démarche de précaution même si le juge ne se réfère pas au principe du même nom. Ainsi, confirmant la position retenue par la Cour administrative d'appel de Marseille³⁷, le Conseil d'État (CE Ass. 3 mars 2004, Ministre de l'emploi et de la solidarité³⁸) vient-il de déclarer l'État responsable des préjudices subis par les tra-

34 . Rec. 18, concl. Touvet, GAJA 836, AJDA 2001, 153, chr. Guyomar et Collin, RFDA 2001, 681, note Verpeaux.

35. CE Ass. 29 déc. 1978, Darmont, Rec. 542, concl. Rougevin-Baville.

36. CE Ass. 28 juin 2002, Garde des Sceaux, Ministre de la Justice c. Magiera, AJDA 2002, 596, chr. Donnat et Casas.

37. AJDA 2002, p. 257.

38. AJDA 2004, 473.

Le bilan jurisprudentiel 1994-2004

vailleurs de l'amiante en « considérant qu'il incombe aux autorités publiques chargées de la prévention des risques professionnels de se tenir informées des dangers que peuvent courir les travailleurs dans le cadre de leur activité professionnelle, compte tenu, notamment, des produits et des substances qu'elles manipulent ou avec lesquels ils sont en contact et d'arrêter en l'état des connaissances scientifiques, au besoin à l'aide d'études ou d'enquêtes complémentaires, les mesures les plus appropriées pour limiter, et si possible éliminer, ces dangers ».

Le juge administratif franchit là, nous semble-t-il, une marche élevée, dans une ascension qui conduit à une socialisation sans cesse accrue du risque par le jeu d'une appréciation de plus en plus libérale de la faute de nature à engager la responsabilité des personnes publiques et, notamment, de l'État puisque c'est celui-ci qui reste en charge des grandes politiques nationales de santé publique, de sécurité, de protection de l'environnement, etc.

► Conclusion

Il y a dix ans, Gustave Peiser concluait ainsi son bilan de dix années de jurisprudence administrative : « L'absence de caractère suspensif des recours, l'insuffisance des procédures conservatoires, la longueur des délais pour statuer constituent à l'heure actuelle l'obstacle majeur à une efficacité optimale de la justice administrative ».

S'il n'a pas été entendu sur tous ces points, force est de constater qu'aujourd'hui tant le législateur que la jurisprudence récente ont corrigé les principaux défauts mentionnés. Et les résultats de ce mouvement sont perceptibles sur le terrain de l'attractivité de la justice administrative et de l'intérêt que lui portent les « usagers » du droit administratif. L'étude réalisée par Pascale Fombeur et Bernard Boucher³⁹ à l'occasion du cinquantième anniversaire de la création des tribunaux administratifs le démontre : entre 1993 et 2003, l'augmentation des recours devant les tribunaux administratifs a été de 50 %. Certes, le nombre de recours peut témoigner aussi bien de l'accroissement des dysfonctionnements de l'administration ou des effets de la décentralisation sur le respect de la légalité que de la confiance accrue envers le juge administratif. Mais, ce rapide panorama de la jurisprudence administrative des dix dernières années permet de penser que c'est cette dernière explication qui est la bonne.

39. Pascale Fombeur, Jean-Louis Mattera, Les tribunaux administratifs dans la société française contemporaine, AJDA 2004, p. 625, Bernard Foucher, L'organisation et les moyens des tribunaux administratifs, état des lieux 50 ans plus tard, AJDA 2004, p. 634.