

100

MINISTÈRE DE L'ÉCONOMIE ET DES FINANCES

DIRECTION GÉNÉRALE
DE LA CONCURRENCE, DE LA CONSOMMATION
ET DE LA RÉPRESSION DES FRAUDES

CONCOURS de externe d'Inspecteur de la
concurrence, de la consommation et de la
répression des fraudes

Épreuve : Droit administratif

transparence en termes de démocra
le cadre de l'édition
dans celui de Ben

unilatérale

16

La transparence de l'action administrative: Opportunités et limites

Selon Blaise Pascal, si la "force sans justice est tyrannique",
la "justice sans force est impuissante".

Le philosophe dépeint ici le dilemme auquel est
confrontée toute démocratie et la nécessité de trouver un
juste équilibre entre les prérogatives étatiques et populaires.
L'administration a, selon une conception finaliste, pour
but de garantir l'ordre public et l'intérêt général,
notamment par le biais du service public (École de Duguit,
doyen de la faculté de droit de Bordeaux). Elle va, pour
ce faire, recourir à des prérogatives de puissance
publique, élément la caractérisant, selon l'École d'Haurio,
doyen de la faculté de droit de Toulouse. L'action
administrative peut revêtir différentes formes:
opérations matérielles, édition d'actes administratifs
unilatéraux réglementaires ou individuels (articles 11,
16, 21, 37 ou 38 de la Constitution par exemple), conclusion
de contrats. Pendant longtemps, l'action administrative
a été caractérisée par son opacité, au détriment des
droits du citoyen. Ainsi, l'irresponsabilité de l'administra

qui instaurent
sélection de
droit de

- tion était un principe. Toutefois, l'arrêt Blanco adopté par le Conseil d'Etat en 1873 a permis de généraliser les hypothèses d'engagement de la responsabilité administrative et, plus largement, d'amorcer un mouvement de rééquilibrage des droits entre administration et administré. Ce mouvement a, récemment été alimenté par le droit international et, en particulier, les droits européens communaux

- taires et conventionnels, l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) consacrant le droit au procès équitable. Bon nombre de garanties ont été développées au profit de l'administré, désormais citoyen, visant à en faire un acteur à part entière de la démocratie. C'est notamment le cas de la transparence visant à permettre à tout citoyen d'être informé des actions de l'administration et de leur motivation, d'y participer éventuellement et de pouvoir les contester devant le juge, gardien de cette transparence.

Si l'avènement de la transparence de l'action administrative permet, de manière générale, plus de démocratie, que ce soit dans le cadre de l'édition des actes de l'administration ou du contrôle de l'action administrative, il semble, toutefois qu'un excès de transparence puisse, à l'inverse, constituer une menace à la démocratie, ce qui explique les différentes limites érigées par l'administration.

Il s'agit tout d'abord de s'intéresser à la transparence de l'action administrative, vectrice de démocratie (I) avant d'étudier la nécessité des limitations à la transparence (II)

I - La transparence de l'action administrative, vectrice de démocratie

Les opportunités de la transparence en termes de démocratie se perçoivent aussi bien dans le cadre de l'édition d'actes par l'administration (A) que dans celui de leur contrôle (B)

A - Une édition d'actes plus démocratique

D'une part, concernant les actes administratifs unilatéraux édictés par l'administration, bon nombre d'obligations se sont imposées à l'administration, permettant une plus grande transparence. Tout d'abord, par les membres de l'administration eux-mêmes, le développement des obligations de déclaration de patrimoine ou de revenus permet de lutter contre les potentiels conflits d'intérêt. Ensuite, concernant les décisions, l'administration est, en principe, désormais obligée de communiquer les documents non-nominatifs tels les avis, vœux à l'administré en faisant la demande, sous le contrôle de la Commission d'accès aux documents administratifs et du juge administratif. Le développement des nouvelles technologies est à l'origine de l'obligation, pesant depuis 2009 sur l'administration, de publier ses circulaires sur le site du Premier ministre. Cette transparence a, notamment pour vocation d'alimenter la participation des administrés aux décisions administratives.

En effet, ces dernières années, cette participation a, de plus en plus été développée : commissions consultatives, débats publics, avis sur internet.

D'autre part, concernant les contrats de l'administration, ces derniers se sont considérablement développés. N'étant en principe pas imposés, contrairement aux actes unilatéraux mais négociés et acceptés par les parties, ce procédé permet une plus grande transparence. Cette dernière a été accrue par les ordonnances de 2015, 2016 et 2017, en matière de marchés publics, concessions de service public et de contrats d'occupation du domaine public, adoptées sous l'impulsion du droit européen.

qui instaurent une plus grande transparence dans la sélection des candidats à ces contrats afin de respecter le droit de la concurrence.

B) Un contrôle plus poussé de l'action administrative.

Ces différents éléments permettent de rééquilibrer le contentieux. En effet, bien souvent, dans le cadre de Recours en excès de pouvoir, généralisé par l'arrêt Dame Lamotte adopté en 1950 par le Conseil d'Etat, qui l'érige en Principe général du droit, l'administré ne dispose de très peu voire d'aucun élément de preuve. Le développement de la transparence associé à l'avènement du rôle inquisitorial du juge administratif tendent à rééquilibrer ce rapport. De même, l'obligation de motivation pesant sur l'administration pour l'édition de certaines catégories de décisions individuelles telles le refus d'une autorisation ou encore le développement du principe du contradictoire consacré en tant que Principe général du droit par le Conseil d'Etat en 1945, ^(arrêt Anamu) consacré, depuis, en grande partie dans le Code des relations entre le public et l'administration (CRPA) édité en 2015, permet aux administrés d'étayer leurs arguments face à l'administration. Ces évolutions sont intimement liées au développement du droit au procès ~~effectif~~ équitable (article 6 § 1 de la CEDH).

De surcroît, si l'action administrative a longtemps été caractérisée par son opacité dans bon nombre de domaines, celle-ci, tend toutefois à s'estomper, notamment sous l'impulsion de la Cour européenne des droits de l'Homme. Ainsi, si une grande majorité d'actes du gouvernement ^{pour} le juge administratif se déclare incompétent, ce n'est plus le cas pour les actes considérés comme détachables (arrêt Jean Vo Thanh Nghia, Conseil d'Etat, 1978). De même, le juge estime recevables, depuis l'arrêt société Fairvesta international et autres les recours contre les actes de droit souple édictés

CONCOURS de : externe d'Inspecteur de la
Concurrence, de la consommation et de la
répression des fraudes

Épreuve : droit administratif

obtenus, elle reste libre de
et des contrats, il convient
Ainsi, dans tout contrat
en droit de modification
de Déville - la
tion unilatérale
l, Conseil
atage

par des organes de régulation si ceux-ci ont des effets notables, autres que purement juridiques (économiques par exemple) ou exerçant une influence significative sur la situation de leurs destinataires.

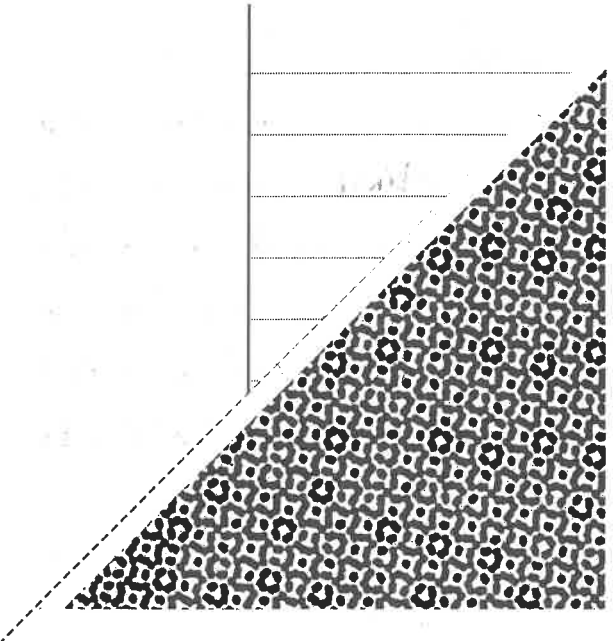
Si la transparence semble, à première vue, favoriser la démocratie il semble, toutefois, qu'un excès de transparence puisse avoir l'effet inverse.

II.) La nécessité de limitations à la transparence

Une transparence trop importante peut nuire à la démocratie (A), c'est pourquoi le juge administratif, le législateur et le constituant ont instauré des limites (B).

A) Un excès de transparence, menace à la démocratie

D'une part, un excès de transparence peut paradoxalement nuire à la démocratie en étant vecteur d'inégalités. Ainsi, le Conseil d'Etat a récemment fait part de son souhait à l'administration de simplifier et réorganiser les organismes consultatifs. En effet, l'inflation croissante



de ces derniers, source de complexité et contraire au principe à valeur constitutionnelle de clarté du droit. Or, un droit trop complexe est une potentielle source d'inégalité entre les citoyens ayant les moyens de solliciter les meilleurs conseils juridiques et les autres. En outre, le développement de la transparence véhiculée par le numérique est source de potentielle fractures sociales, tous les citoyens n'ayant pas nécessairement

les moyens d'accéder à un matériel informatique et une connexion internet, générationnelles ou encore territoriales, certaines zones reculées n'étant, pour l'instant, pas connectées au réseau.

D'autre part, la transparence peut parfois handicaper l'action publique en la retardant, l'interdisant ou en la rendant plus onéreuse. Or, il existe des hypothèses où l'action publique est nécessaire à la démocratie. Selon Duguit, l'administration ne doit pas prôner "la puissance pour la puissance" mais la puissance permettant de garantir un Etat de droit. La sauvegarde de l'ordre public a, théoriquement, pour objectif de permettre de protéger les libertés individuelles et donc la démocratie, par le biais d'un "dosage méticuleux de sacrifices" selon la formule du commissaire du gouvernement Teissier. Paradoxalement, un excès de transparence peut avoir pour effet de fragiliser des actes, pourtant nécessaires et être contraire aux principes de sécurité juridique et de confiance légitime consacrés dans l'arrêt SEP R du Conseil d'Etat (2014).

B - Les limites à la transparence

Tout d'abord, concernant la participation des citoyens à l'édiction d'actes administratifs, l'administration n'est en principe pas liée. C'est elle qui conserve le dernier mot. Ainsi, en

Cas de nécessité d'avis conforme non obtenu, elle reste libre de ne pas adopter son projet. Pour ce qui est des contrats, il convient de noter que tout n'est pas négociable. Ainsi, dans tout contrat administratif, l'administration jouira d'un droit de modification unilatérale (arrêt Compagnie nouvelle du gaz de Deville - les Roues, Conseil d'Etat, 1902) ou encore de résiliation unilatérale sous conditions (arrêt Distillerie de Magnac - Laval, Conseil d'Etat, 1958).

Ensuite, la jurisprudence a développé différentes stratégies, dans un souci de pragmatisme, afin de limiter l'annulation trop aisée de certains actes liée au développement de la transparence: limitation des vices de procédure invocables (arrêt Danthony, Conseil d'Etat, 2011), pouvoir prétorien de substitution de base légale ou de motifs (arrêt Hallal, Conseil d'Etat, 2004), y compris d'office.

Enfin, l'opacité persiste dans certains domaines afin de ne pas paralyser inutilement l'action administrative. C'est par exemple le cas de la décision du Président de la République de recourir au régime de l'article 16 de la Constitution, qui est un acte de gouvernement (arrêt Rubin de Servens, Conseil d'Etat, 1962) ou encore des actes appartenant au domaine législatif adoptés par le Président dans le cadre du même régime. Le juge choisit ici de privilégier le critère matériel et non le critère organique, qu'il choisit pourtant dans l'arrêt Caral de 1962. Il montre ainsi sa volonté de laisser d'importants pouvoirs au Président afin que l'ordre public soit rétabli le plus rapidement possible, en s'estimant incompétent pour le contrôle de ces actes.