

Inspecteur externe
25/01/2018
Epreuve écrite n° 2
Droit constitutionnel

Note : 19,5

« Les évolutions du juge administratif tendent de plus en plus à en faire un juge de droit privé, et d moins en moins à en faire un juge administratif. » ; Par ces mots, le professeur Gaudemet souligne un des enjeux de la modernisation de la justice du XXI ème siècle (loi du 18 novembre 2016) et de la justice administrative de demain (décret J.A.DE, entré en vigueur le 1^{er} janvier 2017).

La justice administrative se définit comme l'ordre de juridiction ayant pour mission des juger des actions de l'Administration entre se organes, et de ses relations avec les administrés.

La loi du 18 novembre 2016 porte des dispositions ayant pour objectif de fluidifier le contentieux administratif par des recours plus fréquents aux Modes Alternatifs de règlement des Conflits (MARC). Plus globalement, cette modernisation peut s'interpréter comme le souhait d'améliorer des dispositifs préexistants en justice administrative. De même, le décret JABE tend lui aussi à innover dans l'office du juge administratif, renforçant les Recours Administratifs obligatoires (RAPO) et étendant les pouvoirs d'instruction du juge administratif. Plus largement, cette innovation vise à transformer l'office du juge administratif pour l'inscrire dans le futur

De prime abord, le juge administratif et, par ce biais la justice administrative, apparaissent comme des acteurs fondamentaux de la défense des droits et liberté face à l'administration. Ce rôle de f est d'ailleurs reconnu tant dans la loi (loi du 12 novembre 2012) que dans la jurisprudence constitutionnelle (DC 1980 et DC 1987 Conseil de la concurrence). Elle subit pourtant de nombreuses critiques. Ces critiques émanent tant du droit européen (CEDH H. contre FRANCE 1987), (CEBH Kress Contre France 2001) que du droit interne, (interventions successives de Bertrand Louvel, premier président de la Cour de Cassation à propos de la dualité de juridictions) à propos notamment du manque de diligence de la procédure administrative (arrêt Benjamin 1933, prononcé 2 ans après les faits, donc inopérant).

Cependant, face à cela, la justice administrative s'est transformée. Elle s'est d'abord modernisée, avec une amélioration du temps de traitement des contentieux, avec notamment l'institution du référé liberté par la loi du 30 juin 2000, ou le renforcement de l'instruction grâce au décret JADE du 1^{er} janvier 2017. La justice administrative a également innvé et transformé l'office du juge administratif, tant du fait de irruption du droit de la concurrence qui en un juge économique (CE 1997 Millions et Marais) que grâce à la loi du 18 novembre 2016 qui renforce les MARC.

Cette tension morale conduit à s'interroger sur l'avenir de la juridiction administrative. Face au caractère fondamental de son office et face aux critiques qu'elle subit, comment assurer l'amélioration et l'innovation de la justice administrative de demain ?

Si la justice a fait l'objet de critiques qui ont conduit à sa modernisation (I), pour autant il s'agit également de la transformation de la justice administrative de demain (I).

I) La justice administrative, objet de critiques, conduisant à sa modernisation.

La modernisation de la justice administrative en émane tant de critiques du fait du droit européen (A) que du droit interne (B).

A) La modernisation du fait de critiques par le droit européen.

La première critique formulée par le droit européen, ayant conduit à une modernisation de la justice administrative, part du principe de séparation des pouvoirs. Bien que consacré par le droit interne (Article 16 DDHC), le dualisme fonctionnel du Conseil d'État posait le problème du regard de la CEDH (CEBH Procola contre Luxembourg). Le fait d'être tant conseiller du gouvernement que juge suprême administratif ne pose pas certes de problème en soi, pourvu que les mêmes individus qui aient participé à l'élaboration du texte, ne se retrouvent pas en position de le juger par la suite. La modernisation de la justice administrative a donc été actée par un décret du 23 mars 2008 qui cloisonne la section du contentieux, évitant l'hypothèse énoncée plus haut. Cette solution a par la suite été validée par la CEDH, en 2009 UFC que choisir de la côte d'or.

La seconde critique venue du droit européen, conduisant à une modernisation de la justice administrative porte sur la théorie des apparences, consacrée en droit processuel. Du fait de ce principe, la place du commissaire du gouvernement devenait problématique. La France a été condamnée à plusieurs reprises (CEDH Kress contre France 2001) (CEBH Martiné contre France 2006) conduisant à deux réformes majeures. Désormais, le rapporteur public communique ses conclusions aux parties la veille de l'audience. De surcroît, il leur demande leur accord pour assister au délibéré outre son changement de nom, ces mesures apparaissent comme suffisantes pour sauvegarder la théorie des apparences.

Le droit européen a donc contribué de manière décisive à la modernisation de la justice administrative, tant du fait de la théorie des apparences que de la séparation des pouvoirs. Cette modernisation s'est également opérée sous la pression du droit interne (B).

B) La modernisation du fait de critiques par le droit interne.

La lenteur de l'office du juge administratif fait, depuis longtemps en droit interne, l'objet de critiques, qui ont permis son évolution. Si la diligence du procès est consacrée par la CEBH (H contre France, 1987), en ce qu'elle garantit notamment l'effectivité des droits (Hornsby contre Grèce 1997 CEBH), elle apparaissait véritablement problématique dans le cas de la justice administrative comme l'illustre l'arrêt CE Benjamin 1933. Deux outils ont été mis en place pour améliorer la réactivité. D'abord, l'engagement pour faute simple de la responsabilité de l'État pour fonctionnement défectueux du service public de la Justice (CE 2002 et E 2006 sarl Potchou, avant la fin de l'instance). Ensuite les référés suspension et liberté introduits par la loi du 30 juin 2000, élargis récemment par l'arrêt Lambert de 2014 CE qui permet au juge des référés de procéder à un contrôle de conventionnalité.

La seconde critique formulée en droit interne, conduisant à la modernisation de l'office administratif porte sur la dualité de juridiction outre le fait que le juge n'a pu, pendant longtemps imposer ses décisions à l'Administration, conduisant à une méfiance envers ce dernier, il lui était reproché de complexifier inutilement le système et donc de le retarder. En réponse à cela, le juge administratif s'est d'abord vu reconnaître le droit aux astreintes et aux injonctions, envers l'Administration, afin de faire exécuter ses décisions. Ensuite, le décret JADE du 1^{er} janvier 2017

permet de renforcer, par l'instruction, la contrainte que le juge exerce sur l'Administration. Ainsi, entre le fait qu'il puisse rendre des ordonnances contre des dossiers semblables à des affaires déjà jugées, il peut également contraindre les parties à produire les preuves à un instant fixé dans l'instruction. A défaut de la production de ces preuves, la partie est réputée abandonner ses prétentions.

Le droit interne et le droit européen permettent donc la modernisation de la justice administrative. Le décret Jade et la loi du 18 novembre 2016 l'expriment d'ailleurs pleinement dans leur souci de fluidifier le contentieux administratif.

Cependant, ces mesures si elles modernisent, permettent également la transformation de la juridiction administrative de demain (II).

II) La transformation de la juridiction administrative de demain.

Cette transformation s'appuie tant sur un recours plus rare à la juridiction (A) que sur l'évolution de l'office de la justice (B).

A) Le recours plus rare à la juridiction administrative se manifeste d'abord par l'extension du mode alternatif de règlement des conflits, MARC, pour la loi du 18 novembre 2016. Réclamé de ses vœux par Jean Marc Sauvé, lors de sa conférence sur la modernisation de la justice administrative, la loi étend les possibilités de MARC. Ils sont au nombre de 4, la médiation, la conciliation, l'arbitrage et la transaction. De même, le juge peut lui même faire office de médiateur, ou valider une médiation. Enfin, il peut procéder à la désignation d'un médiateur.

Plus globalement, ces mesures s'inscrivent dans un mouvement plus vaste de diffusion d'une « culture de la médiation » au sein de l'Administration, recommandée par les rapports publics du Conseil d'État.

Le recours plus rare à la justice administrative se fait ensuite sous le renforcement des recours administratifs préalables obligatoires RAPO par la loi du 18 novembre 2016 et le décret JADE du 1^{er} janvier 2017. Désormais, plusieurs contentieux sont soumis au RAPO avant d'être présenté au juge. Il s'agit du contentieux en matière de gestion des carrières publics, puis ceux en matière d'allocation. Si le contentieux lié à l'immigration n'a pas été retenu, pour autant les travaux publics en bénéficient désormais. Plus largement, cette tendance à l'évitement de la juridiction administrative au profit de l'Administration s'inscrit dans le contexte plus large de la diffusion des Autorités Administratives Indépendantes, que la loi du 20 janvier 2017 est venue encadrée, vers une administration plus régulatrice.

Le recours à la justice administrative semble donc se faire de plus en plus rare, tant du fait de l'émergence d'une « culture de la médiation », que d'une « culture de la régulation » favorisant tant les MARC que les RAPO.

Plus largement l'office du juge administratif évolue .(B).

B) L'évolution de l'office de la justice administrative.

La première évolution de la justice administrative est son caractère économique, toujours plus renforcé. D'habitude réservée au juge du droit privé, ce mouvement a été inauguré en 1986 par l'ordonnance du 1^{er} décembre sur le droit à la concurrence, accueillie dans l'office du juge administratif par l'arrêt CE 1997 Mille et Marais, il est fait application du droit de l'Union Européenne et notamment des article 106, 107 et 345 du TFVE. Cet office économique du juge administratif s'est manifesté par la saga des arrêts Béziers (2009, 2011, 2014), où le juge administratif peut notamment « ressusciter » un contrat, au regard de la loyauté contractuelle, la

stabilité contractuelle ou encore de sa cause. Il s'agit ici de notions civilistes témoignant de l'évolution du caractère économique de la justice administrative désormais.

La seconde évolution de la justice administrative est sa convergence vers le droit privé. D'abord en matière contractuelle où la jurisprudence Tarn et Garonne CE 2014, a considérablement affaibli la distinction recours pour excès de pouvoir et plein contentieux en matière, renforcé par l'arrêt du 30 juin 2017 SMAP. De même, la réduction par le Conseil Constitutionnel du champs de l'article 66 de la constitution, au profit des libertés individuelles, a accru la compétence de la juridiction administrative en la matière. Les contrôles des perquisitions menées lors de l'état d'urgence par le juge administratif, témoignent de ce sens (CE 4 juillet 2016). Cette convergence est constatée également par Bertrand Louvel. Ce dernier, outre l'extension des compétences du juge administratif, s'interroge au regard de la Modernisation et de la transformation évoquées plus haut, sur la pertinence de conserver une dualité de juridictions, rejoignant ainsi les observations du professeur Gaudemen.