LAURENT COHEN-TANUGI

L'avenir de la justice administrative

Le particularisme du régime administratif français tient aujourd'hui moins à l'existence de règles spécifiques à l'action administrative qu'à l'existence d'une justice administrative totalement séparée et distincte de la justice de droit commun. Toute réflexion critique sur le droit administratif doit donc privilégier cette institution, aujourd'hui confrontée à un certain nombre d'évolutions, internes et externes, institutionnelles et idéologiques, qui ne manqueront pas à terme d'affecter sa place dans le système juridique français.

L'environnement de la juridiction administrative se caractérise ainsi par l'émergence de plusieurs types de concurrence. Le premier est lié à l'ouverture de la France sur l'extérieur, génératrice d'une internationalisation croissante du droit, dont la montée en puissance des régulations communautaires, tant au plan normatif que contentieux, est la dimension la plus visible. Comme le notait le Conseil d'Etat dès 1982[1], le contrôle d'une source de plus en plus importante du droit français lui échappe de ce fait. De plus, la position traditionnellement négative de la Haute Assemblée vis-à-vis du droit communautaire a pour effet de placer le juge administratif en marge d'un système juridique complexe et appelé à régir de plus en plus étroitement des aspects fondamentaux de la vie nationale.

Dans des domaines plus proches de l'activité traditionnelle de la juridiction administrative, des institutions relativement récentes sont aujourd'hui devenues des acteurs majeurs de la régulation de

1. *Droit communautaire et droit français, Etude du Conseil d'Etat*, La Documentation française, 1982.

notre démocratie. Le Conseil d'Etat se voit ainsi progressivement supplanté par le Conseil constitutionnel dans son rôle traditionnel de gardien et de promoteur de l'Etat de droit, à mesure que ce concept déborde les limites du régime administratif. Le rôle croissant des autorités administratives indépendantes, qui s'écartent du modèle administratif classique, suscite de nouveaux défis, en raison de la nature particulière de l'activité de régulation qu'elles sont censées exercer[2] et des modalités nouvelles de leur contrôle. L'activité normative de ces institutions échappe au rôle consultatif du Conseil d'Etat, tandis que le contrôle juridictionnel de leurs décisions sera vraisemblablement le terrain d'une rivalité accrue entre l'ordre administratif et l'ordre judiciaire. Enfin, l'autorité judiciaire est elle-même l'objet d'une indiscutable revalorisation, corrélative de la montée en puissance du droit comme rouage fondamental de la démocratie. Cette double réévaluation contraint la justice administrative à se situer plus nettement par rapport à l'institution juridique et à la fonction judiciaire dans son ensemble.

L'accroissement de la demande sociale de droit n'épargne évidemment pas la juridiction administrative elle-même. L'explosion du contentieux administratif, qui est à l'origine de la récente réforme de l'organisation de la juridiction administrative, est probablement l'évolution la plus perceptible de l'intérieur de l'institution, donc en ce sens la plus importante. La transformation du contentieux administratif en contentieux de masse altère en effet sensiblement, et bien au-delà des conditions de travail, la fonction même de la juridiction administrative, pour la banaliser. La vocation traditionnelle du Conseil d'Etat — construire l'Etat de droit administratif par une jurisprudence finement libérale, mais relativement détachée d'enjeux concrets — trouve aujourd'hui moins d'occasions de s'affirmer. La présente décennie témoigne ainsi d'un certain épuisement du souffle jurisprudentiel des grands arrêts, attribué pour partie à la charge du contentieux et aux contraintes de la productivité, pour partie à la concurrence croissante du législateur, notamment en matière de libertés publiques. Mais à l'heure où il est principalement demandé au juge administratif de résoudre des différends, les règles de fond et de procédure constitutives du régime administratif s'avèrent de moins en moins aptes à satisfaire l'attente des justiciables.

Ecartons d'emblée les faux débats : ne sont en cause ni l'indé-

2. Voir à ce sujet les analyse de B. Guillou et J. G. Padioleau, in *La régulation de la télévision*, La Documentation française, 1988.

pendance, ni le « surmoi juridique » du juge administratif, ni *a fortiori* sa contribution majeure à la construction de l'Etat de droit en France. La justice administrative se voit simplement atteinte aujourd'hui par l'érosion progressive de son assise idéologique. L'évolution de la soeiété française a rompu de multiples équivalences, réelles ou symboliques : l'administration n'incarne plus seule, et sans débat, l'intérêt général ; le droit ne s'identifie plus à l'Etat-nation ; l'Etat de droit ne se réduit plus à la soumission de l'exécutif au droit dans les termes du droit administratif ; l'autorité ne constitue plus la norme des relations entre la puissance publique et les individus ; la régulation de nombreux domaines d'importance (audio-visuel, télécommunications, concurrence, etc.) ne relève plus de l'autorité administrative traditionnelle. Ce nouveau contexte idéologique et institutionnel, qui traduit indiscutablement une démocratie plus mûre, place la justice administrative en porte-à-faux.

Malgré les menus tempéraments que le juge et le législateur leur ont apportés, le privilège du préalable (et ses conséquences sur la charge de la preuve), celui de l'exécution d'office administrative, le principe de l' « indépendance de l'administration à l'égard du juge » (et l'impossibilité qui en résulte d'adresser des injonctions à l'administration, notamment pour assurer l'exécution de la chose jugée) apparaissent, dans un contexte idéologique de rééquilibrage des relations Etat/société, comme des notions d'un autre âge — ce qu'elles sont. Ces principes façonnent pourtant la physionomie de la justice administrative et influent sur son efficacité. Le sous-développement des techniques procédurales, le caractère en principe non suspensif des recours, la faible utilisation des pouvoirs d'enquête du juge, la non-comparution des parties, la fréquente tolérance à l'égard du non-respect des délais de procédure impartis à l'administration et le refus du juge de rendre des jugements par défaut, le trop faible souci de l'exécution pratique des décisions rendues, le caractère généralement dérisoire de l'indemnisation, la renonciation de fait, enfin, à utiliser les astreintes prévues par la loi du 16 juillet 1980 laissent quelque peu rêveur sur le fonctionnement de la justice administrative.

La juridiction administrative n'est certes pas seule responsable de cet état de fait. Ses membres invoquent tour à tour le caractère souvent sommaire des requêtes, qui oblige le juge à étoffer lui-même le dossier, la charge du contentieux, le sous-équipement juridique de l'administration, le conformisme de nombreux avocats

aux conseils, et l'indifférence manifestée par le barreau à l'égard du contentieux administratif.

Mais ees circonstances accusent la singularité de la justice administrative par rapport au modèle judiciaire classique, plus qu'elles ne la justifient. Ce débat précède celui de la dualité de juridictions : avant de se demander *par qui* l'administration doit être jugée, il convient en effet d'admettre sans équivoque qu'elle doit l'être réellement. Vieille querelle, remontant aux origines mêmes de la justice administrative, et opposant une longue lignée d'anciens, pour lesquels « juger l'Administration, c'est encore administrer », et de modernes, pour qui l'Etat de droit implique que l'administration soit jugée et sanctionnée dans les formes communes, sinon toujours selon des règles identiques à celles du droit privé. L'abandon de la justification idéologique de la dualité de juridictions au profit d'une faible justification technique — le particularisme du droit administratif — semblait impliquer la victoire de la seconde thèse. L'ambivalence règne pourtant encore parmi les membres du Conseil d'Etat quant à l'identification de leurs fonctions non consultatives à celles de juge, et quant à savoir si l'administration est un sujet de droit comme un autre. La « théorie du troisième personnage »[3] — l'intérêt général — qui vient s'interposer entre le plaideur privé et l'administration et que le juge de l'administration doit faire prévaloir apparente celui-ci à un « super haut-fonctionnaire » chargé de requalifier des situations au regard de l'intérêt général, davantage qu'à un juge véritable.

Cette théorie et toutes les règles de fond et de procédure qu'elle sous-tend ne sont plus compatibles avec une vision conflictuelle de la démocratie, la revendication d'un meilleur équilibre entre l'Etat et la société, la revalorisation idéologique du droit et les attentes des justiciables. Ceci signifie que la justice administrative devra, dans son fonctionnement comme dans son idéologie, se rapprocher progressivement des formes classiques de la justice.

Un tel pronostic est aujourd'hui généralement perçu dans les termes traditionnels du débat sur la dualité de juridictions, c'est-à-dire comme le projet d'un simple transfert de compétence du juge administratif vers l'autorité judiciaire, toutes choses égales par ailleurs. Cette perception résulte d'une vue statique de l'ensemble de notre système juridique, comme en témoignent les arguments généralement invoqués par les membres du Conseil d'Etat, avec

3. Théorie esquissée par M. Pierre Nicolay, alors vice-président du Conseil d'Etat, dans une interview au *Monde*, 2 avril 1985.

une étonnante constance cette fois, à son encontre. Ces arguments se résument à l'incapacité du juge judiciaire à faire prévaloir efficacement les droits du citoyen contre l'administration, que ce soit en raison de son statut sociologique, de sa subordination de fait au pouvoir politique dès que l'Etat est en cause (« le juge administratif est plus indépendant que le juge judiciaire »), de sa méconnaissance du milieu administratif (« il faut connaître l'administration de l'intérieur pour bien la juger »), ou, paradoxalement, du fait que le juge judiciaire n'exerce pas un rôle consultatif que le Conseil d'Etat considère comme sa seule arme effieace pour faire pression sur l'administration. Notons au passage que l'argument de la technicité du droit administratif n'est plus au premier plan.

En résumé, explique-t-on, non seulement le juge judiciaire n'aurait jamais pu accomplir l'œuvre de la jurisprudence administrative au service des libertés (domaine dont la Constitution confie pourtant la garde à l'autorité judiciaire), mais le transfert du contentieux administratif au judiciaire aboutirait pour l'avenir à exonérer l'administration de responsabilité pendant une longue phase de transition.

Fondé historiquement, l'argument de la prétendue incapacité du juge judiciaire à juger l'administration n'en est pas moins spécieux de ce point de vue. C'est en effet à partir d'une situation doublement anormale — la mise au pas du pouvoir judiciaire et la soustraction de l'Etat à la règle de droit à la Révolution — que la construction libérale du droit administratif par le Conseil d'Etat a pu s'élaborer. On ne peut dès lors ni reprocher au juge judiciaire sa carence ou sa timidité dans un domaine dont il s'est trouvé longtemps dépossédé au profit... de la juridiction administrative, ni se satisfaire à l'excès d'une jurisprudence administrative qui n'a fait que compenser peu à peu un vide juridique et juridictionnel initial, sans tout à fait le combler.

Pour les mêmes raisons, le constat souvent invoqué de la plus grande indépendance, en dépit des textes, du juge administratif sur son homologue judiciaire ne saurait faire qu'un mauvais argument : en quoi justifie-t-il en effet les carences propres de la justice administrative ? Il en est évidemment de même de l'écart sociologique résultant des modes de recrutement différents des deux ordres de juridiction, sous-jacent à l'analyse que fait la haute fonction publique de la nécessité de la dualité de juridictions.

Les justifications techniques invoquées ne sont pas plus convaincantes. On ne voit pas au nom de quel principe il faudrait appartenir organiquement à l'administration pour pouvoir la juger, ni pour-

quoi les conseils juridiques de l'Etat perdraient toute crédibilité vis-à-vis de leur prestigieux client dès lors qu'ils ne sanctionneraient plus eux-mêmes ses éventuels manquements. Les conditions habituelles d'exercice de toute autre mission de conseil juridique ne consistent-elles pas à raisonner à partir de sources du droit extérieures ? Et pourquoi s'inquiéter exclusivement de connaître l'administration de l'intérieur, alors qu'une expérience au service de parties privées, notamment en qualité d'avocat, permettrait au juge administratif d'acquérir une culture judiciaire, ou du moins une meilleure connaissance de la société civile ainsi que des réflexes intellectuels différents de ceux de l'idéologie administrative ?

Ces derniers arguments semblent donc se réduire à l'aveu de la difficulté du juge à vaincre l'allergie de l'administration française à la règle de droit. Face à cette donnée fondamentale, seule la logique hiérarchique sous-jacente à la justice administrative (le Conseil d'Etat est un grand corps de l'Etat avant d'être une juridiction) serait de nature à mettre en œuvre les compromis nécessaires pour garantir la soumission de l'Etat au droit. On peut toutefois se demander si cette séculaire résistance au droit n'est pas précisément entretenue par la persistance des privilèges du droit administratif et par la tolérance du juge à l'égard des menus et moins menus manquements de l'administration ; et si une jurisprudence vigoureuse ne s'imposerait pas au contraire pour venir à bout de réflexes devenus naturels. Une administration efficacement sanctionnée ne serait-elle pas incitée à renforcer ses dispositifs juridiques et à écouter les avis de ses conseillers, fussent-ils autres que ses juges ? Quitte à ce que le juge se montre également plus rigoureux quant à la recevabilité de certaines requêtes, afin que le mythe de l'accès de tous les administrés à la justice administrative ne puisse fournir à l'administration l'occasion de revendiquer en contrepartie une tolérance similaire à son égard.

Le raisonnement des défenseurs du *statu quo* paraît donc être en substance le suivant : alignement de la justice administrative sur le modèle judiciaire classique égale transfert de compétence à l'autorité judiciaire ; or, celle-ci est incapable de juger l'administration ; donc, il ne faut rien changer à la justice administrative. La majeure de ce syllogisme étant erronée, et la mineure de surcroît non démontrée, l'on ne s'étonnera pas que la conclusion doive être inverse : la justice administrative peut et doit se réformer, dans le cadre même de la dualité de juridictions.

Mais il faut aller plus loin. Le refus d'une évolution significative de la justice administrative au nom du cours trop peu glorieux de l'histoire judiciaire française témoigne d'une vue conservatrice, et somme toute peu ambitieuse, de l'évolution de notre système juridictionnel pris dans son ensemble. Les développements évoqués en tête de cet article sont pourtant susceptibles, à terme plus ou moins long, et sous certaines conditions (de recrutement et de statut notamment), de conduire à un renforcement de la place de l'institution judiciaire en France, permettant d'assurer la soumission de l'Etat au droit autrement que par le seul rayonnement d'un grand corps administratif. Un mouvement parallèle vers la constitution d'une grande profession juridique unifiée secoue déjà les praticiens du droit, dans la perspective de l'ouverture européenne. Il ne manquera pas d'affecter également les juristes investis de la fonction de juger.

Dès lors, l'avenir de la justice administrative rencontre l'alternative suivante : soit s'intégrer, sous une forme ou une autre, à un ensemble judiciaire restructuré, plus cohérent et au prestige rehaussé, en lui apportant son expérience et son autorité dans son domaine propre (qui reste considérable), mais en se modernisant pour épouser les formes normales du procès ; soit perpétuer des archaïsmes et contribuer à maintenir en l'état la fragmentation de nos institutions judiciaires, mais au risque de se trouver progressivement marginalisée, en butte aux critiques croissantes des justiciables, voire aux distorsions médiatiques.

Le transfert à la cour d'appel de Paris du contentieux des décisions du Conseil de la concurrence, en dépit de la sacro-sainte « conception française de la séparation des pouvoirs »[4], a valeur de symbole des risques de cette seconde option. L'intense *lobbying* auquel il a donné lieu, tant de la part du barreau et des acteurs économiques que du Conseil d'Etat, illustre bien les tensions susceptibles de se manifester à l'avenir dans des domaines similaires, à évolution rapide ou proche du marché, et dont la régulation ne saurait être exercée par l'autorité administrative traditionnelle. Au-delà des critères formalistes (l'enjeu véritable du contentieux pour le justiciable n'étant aucunement la régulation d'une autorité administrative), le juge administratif n'a pas en principe vocation à connaître du droit des affaires, dont relève le nouveau droit de la concurrence, souvent dans un contexte international. A l'inverse, la soustraction de la régulation économique et d'autres domaines à la logique

4. Conseil constitutionnel, Décision n° 86-224 DC du 23 janvier 1987.

administrative appelle la compétenee du juge de droit commun, dont le rôle de régulation socio-économique se trouve ainsi renforcé sous réserve d'une adaptation de sa formation et de ses modes de raisonnement.

La création des cours administratives d'appel et les rééquilibrages apportés çà et là par le législateur entre les prérogatives de l'administration et les libertés individuelles vont heureusement dans le sens de la première option : celle de l'intégration. Mais quel peut être le rôle du juge dans ce processus ? Force est de constater qu'il a encore peu fait pour adapter sa jurisprudence aux évolutions de la société, laissant l'initiative de la modernisation du droit administratif au législateur et aux autorités administratives indépendantes. Si l'heure n'est sans doute plus à une révolution prétorienne de la justice administrative, mais bien à une refonte globale du système juridictionnel français, il serait hasardeux pour la juridiction administrative de s'abstenir de participer, par de multiples infléchissements de sa jurisprudence et le renouvellement de ses instruments d'action, à un mouvement irréversible qui l'affecte directement.

A un autre niveau, l'apport de la juridiction administrative au renforcement de nos institutions judiciaires peut être plus décisif encore. Paradoxalement, la juridiction administrative possède, de par son statut sociologique et institutionnel, les atouts qui ont traditionnellement fait défaut, en règle générale, à l'autorité judiciaire : recrutement d'élite, sens de la régulation globale, sensibilité moderne au droit (manifestée, par exemple, par le genre littéraire ouvert que constituent les conclusions des commissaires du gouvernement), expérience ancienne de la création prétorienne du droit, atypique dans notre système juridique mais appelée à jouer un rôle prépondérant dans les régulations de demain. En se modernisant et en se banalisant, tout en diffusant mieux ses atouts, la juridiction administrative pourrait apporter une contribution précieuse à la dynamique qui conférera à la justice de ce pays la place qui lui revient dans l'Etat et la société. Est-il aujourd'hui projet plus conforme à la vocation historique du Conseil d'Etat ?

RÉSUMÉ. — *Confrontée à une pluralité de défis, la justice administrative a bien du mal à justifier les inconvénients de sa singularité. Son avenir prend la forme d'une alternative dont l'une ou l'autre branche modifiera sa place dans le système juridictionnel français.*