



**SIGMA**

**Support for Improvement in Governance and Management**

A joint initiative of the OECD and the European Union, principally financed by the EU

**L'ADMINISTRATION ET LE CONTROLE JURIDICTIONNEL EN EUROPE**  
**Construction progressive d'un modèle commun**

**Jean-Marie Woehrling**  
**Secrétaire général**  
**Commission centrale pour la Navigation du Rhin**  
**Strasbourg, France**

L'Etat de droit implique de pouvoir soumettre l'action administrative à un contrôle juridictionnel.

Cette idée fondamentale est désormais reçue dans tous les pays européens et s'est traduite partout par un renforcement du rôle des tribunaux dans le contrôle de l'administration.

Si cette évolution se développe sur la base de traditions différentes, elle entraîne l'émergence d'une trame de plus en plus dense de principes communs.

Le renforcement général du contrôle juridictionnel soulève aussi des questions et des problèmes. Les solutions sont souvent similaires et renforcent le processus de construction d'un modèle européen de relations entre l'administration et les tribunaux.

**A) LES FONDEMENTS DU CONTROLE JURIDICTIONNEL DE L'ADMINISTRATION**

**1) Les deux objectifs du contrôle juridictionnel de l'administration**

L'Europe s'est historiquement partagée entre deux conceptions du contrôle de l'administration par les tribunaux :

- une conception « subjective » : les tribunaux sont chargés de rétablir les droits subjectifs des particuliers qui ont été lésés par l'administration. C'est l'idée de Rechtschutz : développée plus particulièrement par les pays germanophones et en Europe centrale le rôle des tribunaux est la protection juridictionnelle des individus contre l'administration.
- une conception objective : les tribunaux contrôlent le respect de la légalité par l'administration . L'objet de recours est le droit objectif et le fonctionnement régulier en droit de l'administration.

C'est l'idée de contrôle juridictionnel de l'action administrative selon la tradition française (mais incluant la Belgique, le Portugal, la Grèce etc)<sup>1</sup>.

D'un côté (droit objectif), on part de l'administration, on définit ses obligations et ses contraintes pour en déduire les droits des particuliers. De l'autre (droits subjectifs) on part du citoyen, on définit ses droits, pour en déduire les conséquences qui s'imposent à l'administration<sup>2</sup>.

Ces deux conceptions débouchent sur des règles différentes de recevabilité, de procédure et d'étendue des contrôles<sup>3</sup>. Toutefois, dans la période contemporaine, on est de plus en plus sensible au caractère complémentaire de ces deux approches et les systèmes juridiques les plus évolués cherchent à les combiner.

## 2) La position du contrôle juridictionnel au regard du processus de l'action administrative

La justice administrative relève de deux systèmes juridiques et selon le contexte historique, elle a été principalement placée dans la mouvance de l'un d'entre eux :

- la justice administrative – branche du système judiciaire général : les tribunaux administratifs sont avant tout des tribunaux. Ils doivent en avoir toutes les caractéristiques (indépendance, impartialité, procédure contradictoire, expertise juridique, décision fondée sur le droit). Cette approche insiste sur la séparation organique et fonctionnelle entre l'action administrative et le contrôle juridictionnel. Cette dimension de la justice administrative a été rigoureusement soutenue par la jurisprudence sur l'article 6 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme.
- La justice administrative – phase du processus décisionnel de l'administration et instrument de rationalisation de l'action administrative : Selon une phrase célèbre : « juger l'administration, c'est encore administrer ». L'objectif recherché est la meilleure décision administrative. Le droit constitue un instrument de rationalisation de l'action administrative. La procédure administrative fixe des critères et des comportements. La procédure juridictionnelle en est le prolongement. En cas d'annulation de la décision administrative, elle est généralement suivie par une nouvelle procédure administrative en vue de corriger l'erreur relevée par le tribunal. Il n'y a donc pas de séparation absolue entre phase administrative et phase juridictionnelle : les deux se conjuguent pour produire des « bonnes décisions ».

## 3) Deux systèmes de philosophie du droit

On peut distinguer à travers l'Europe deux tendances dans le système de contrôle juridictionnel de l'administration :

- une tendance « substantialiste » : le rôle du juge est de trouver la « bonne solution » correspondant à une « vérité légale » et d'en garantir la mise en œuvre. Cette approche concentre le contrôle sur le contenu de la décision contestée. Si la décision est conforme à une bonne solution, il faut la faire prévaloir même si elle est entachée de vices de procédures<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> On peut citer un juriste portugais, Mr Maria da Gloria Dias Garcia : « La justice administrative n'épuise pas sa finalité dans la garantie des droits des citoyens. Elle trouve sa justification aussi dans la nécessité de défendre l'intérêt public et de garantir un équilibre entre les droits individuels et l'intérêt général ».

<sup>2</sup> Peut-être pourrait-on distinguer une troisième démarche, celle qui caractérise le droit anglais : on part du juge, de ses règles de procédure, de ses pouvoirs et contraintes pour définir les règles d'un procès loyal où chaque partie aura toutes ses chances

<sup>3</sup> En particulier, dans la conception « subjective », le requérant doit pouvoir invoquer un droit subjectif lésé. Le respect de ce droit fera seul l'objet d'un contrôle par le tribunal. Mais ce contrôle sera complet. Dans le système objectif, il suffit de pouvoir justifier d'un intérêt légitime pour faire valoir la violation d'une règle qui ne touche pas un droit subjectif. Mais le contrôle pourra être moins complet.

<sup>4</sup> Cette tendance est perceptible notamment en Allemagne.

- Une tendance « procédurale » le juge pas plus que l'administration ne sait quelle est réellement la bonne solution. Il doit se contenter dès lors de vérifier que la décision qui a été prise est « fair » c'est-à-dire qu'elle intervienne après une procédure équitable qui a permis à chacun de faire entendre son opinion. On peut parler de « vérité procédurale »<sup>5</sup>.

## **B) LES TENDANCES D'EVOLUTION DU CONTRÔLE JURIDICTIONNEL DE L'ADMINISTRATION**

### **1) L'extension du concept de légalité**

Dans sa conception originelle, le principe de légalité signifiait respect par l'administration (en tant que branche de l'exécutif) de la loi (émise par le Parlement). Le concept de légalité, dans ses différentes conceptions nationales (role of law – Gesetzesvorbehalt), se réduisait donc à la conformité de l'autorité exécutive au cadre législatif. Cette conception a depuis longtemps montré ses limites, en particulier lorsque le même courant majoritaire contrôle aussi bien l'action exécutive et le pouvoir législatif.

Aujourd'hui, dans la plupart des pays européens, le principe de légalité a une portée bien plus large. Il ne signifie pas seulement respect des orientations données par le législateur mais aussi observation de cadre constitutionnel et prise en compte des normes internationales (notamment européennes). Dans ce contexte, le juge administratif n'est pas seulement le garant du respect par l'administration des règles législatives mais aussi le juge du respect par le législateur du respect des règles constitutionnelles et de la conformité des normes nationales au droit communautaire et au droit international.

Il n'est donc plus rare que le juge administratif d'un Etat européen sanctionne l'administration d'avoir fidèlement appliqué une loi elle-même contraire au droit européen<sup>6</sup>. Il s'agit là d'un « changement paradigmatique » qui n'est plus vraiment contesté, mais dont la portée n'a pas encore été totalement intégrée dans nombres de systèmes juridictionnels nationaux de contrôle de l'administration.

Dans ce cadre plus large, le contrôle de légalité signifie aussi contrôle d'un ensemble de principes supérieurs. Le juge administratif a souvent dégagé lui-même des principes généraux de l'action administrative auxquels il est fréquemment donné une valeur supra-législative : principe d'impartialité, principe de non discrimination, principe de proportionnalité, principe de confiance légitime, etc<sup>7</sup>... Parallèlement, le juge administratif a développé des instruments juridiques obligeant l'administration à respecter les règles, normes, directives qu'elle édicte elle-même.

La légalité de l'action administrative dont le juge assure le respect ne se limite donc pas au seul respect des actes législatifs mais se comprend désormais comme la conformité à une hiérarchie complexe de normes et à un ensemble de valeurs fondamentales.

### **2) L'eupéanisation du contrôle juridictionnel de l'administration**

Autrefois, le contrôle juridictionnel de l'administration constituait un des secteurs du droit les plus marqués par l'histoire politique nationale et les moins sensibles au courant du droit comparé.

Aujourd'hui, ce secteur est, lui aussi, un « secteur ouvert » pour plusieurs raisons :

- les échanges économiques internationaux exigent pour la sécurité des investissements et des échanges que les comportements des instances décisionnelles publiques puissent faire l'objet de voies de recours effectives. Sans le respect d'un standard minimal de justiciabilité, les décisions de ses autorités administratives, un Etat, quel qu'il soit, ne peut espérer attirer des entrepreneurs extérieurs lesquels veulent bénéficier de garanties légales suffisantes :

<sup>5</sup> Cette orientation est typique du Royaume-Uni.

<sup>6</sup> Cela s'applique également au juge administratif / tive en ce qui concerne le respect de la CEDH.

<sup>7</sup> Ces principes seront évoqués ci-après.

- le faisceau du droit européen a pris une place considérable :
  - \* la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme a pris une place très importante dans la définition des standards minimaux du contrôle juridictionnel de l'administration (du fait d'une interprétation extensive de l'article 6 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme en tant qu'il vise la matière pénale et les droits civils et politiques, par la mise en œuvre de l'article 13 sur le droit à un recours effectif et par l'application du principe de proportionnalité dans le contrôle des limitations des libertés, etc...). La Convention et la jurisprudence qui l'interprète sont en règle générale<sup>8</sup> appliquées directement par les juridictions nationales.
  - \* La jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes a également eu une influence favorable au rapprochement des traditions nationales de contrôle juridictionnel. Cette influence est directe sur les Etats membres, indirecte sur les Etats candidats. Le principe est certes que les organes administratifs et juridictionnels nationaux servent d'instruments de mise en œuvre du droit communautaire selon les modalités procédurales qui leurs sont propres. Cette autonomie procédurale est toutefois limitée par deux principes : celui de l'effectivité de la mise en œuvre du droit communautaire et celui de l'équivalence des conditions d'application. S'inspirant des droits nationaux, la jurisprudence communautaire a emprunté certains concepts ou principes à des droits nationaux pour les appliquer au plan communautaire (principe de confiance légitime, etc...). Beaucoup de techniques contentieuses appliquées par la Cour de Justice, (droit de la responsabilité, contrôle du pouvoir discrétionnaire, etc...) sont le résultat d'une synthèse des différentes traditions nationales. Il existe de surcroît des phénomènes d'alignement du droit interne sur les solutions adoptées par le droit communautaire.
  - \* Le rôle exercé au plan « doctrinal » par diverses institutions européennes : Conseil de l'Europe, OCDE (Sigma), etc... Ces institutions développent des recommandations, parfois des conventions particulières, et diffusent de nombreux documents d'information ou d'étude, définissant de « bonnes pratiques », des standards communs, des techniques recommandées, etc...<sup>9</sup>

Aujourd'hui, il n'est plus rare qu'à l'occasion de l'examen d'un cas délicat par une juridiction nationale d'un Etat européen, il soit fait référence au droit ou à la jurisprudence d'autres Etats européens.

Le processus d'échange et d'influence entre pays européens a joué un rôle particulièrement important dans la réorganisation des Etats d'Europe centrale et orientale après les changements politiques et la fin des années 1980. Pour adapter leur législation et construire un système de contrôle juridictionnel de l'administration adapté à la conception actuelle de l'Etat de droit, ces Etats ont emprunté beaucoup au droit et à la doctrine des autres pays européens, renforçant ainsi le processus de rapprochement intra-européen du droit du contrôle juridictionnel de l'administration.

### 3) **L'émergence d'un ensemble de grands principes du droit administratif européen**

Au-delà des règles particulières de mise en œuvre, au plan national, le contrôle juridictionnel de l'administration en Europe a dégagé un certain nombre de grands principes qui concrétisent la notion d'Etat de droit et qui constituent des références de base pour tout droit administratif européen.

#### a) **La prééminence du droit de rang supérieur**

<sup>8</sup> Parfois, avec des modalités spécifiques spéciales comme au Royaume-Uni où une loi spéciale a été adoptée.

<sup>9</sup> De nombreuses institutions professionnelles européennes de magistrats se sont développées et servent de cadre d'échanges, d'études, de formation et de comparaison : l'association européenne des juridictions administratives suprêmes, l'Union européenne des associations de magistrats, l'Académie européenne des magistrats de Trêves, etc...

Ce principe exige que chaque règle ou décision appliquée par l'administration doit être compatible avec les règles ayant une valeur supérieure. En cas d'incompatibilité avec ces dernières, l'autorité administrative ne doit pas l'appliquer et des juridictions doivent la sanctionner. La reconnaissance des règles les plus importantes par le droit de rang supérieur garantit leur stabilité et leur protection au regard des aléas politiques.

b) La subordination des décisions individuelles à des règles générales

Ce principe garantit la prévisibilité et l'absence d'arbitraire de l'action administrative ainsi que la conformité de son action à des objectifs définis et connus. Il n'exclut cependant pas l'adaptation au cas particulier.

Ces règles générales qui guident l'action administrative individuelle doivent être fixées par le Parlement dans le cas où elles concernent des droits et des libertés.

c) L'idée de sécurité juridique constitue une expression particulière du principe précédent. Elle se traduit par l'interdiction de donner un effet rétroactif à des règles ou à des décisions sauf en cas de nécessité d'intérêt général constatée par le législateur.

d) Le principe de confiance légitime

Prolongement de la sécurité juridique, ce principe exige que l'administration respecte ses engagements ou promesses mais aussi tienne compte des attentes<sup>10</sup> qu'elle a fait naître légitimement dans le public ou chez les particuliers. Cette règle a pour conséquence que l'administration doit en principe se tenir aux directives qu'elle s'est elle-même donnée.

Il en résulte également le principe du respect des droits acquis et des situations constituées dans des conditions légitimes.

e) Le principe d'égalité

Celui-ci doit en réalité se comprendre comme une règle de non discrimination pour des motifs non justifiables mais aussi par l'obligation d'un traitement particulier dans le cas où celui-ci est nécessaire pour garantir une véritable égalité.

Constitue donc une discrimination le traitement différent de situations similaires mais aussi le traitement égal de situations différentes. L'administration doit éviter l'arbitraire et les différences injustifiées dans l'exercice de son pouvoir d'appréciation.

f) Le principe d'impartialité

Il constitue un prolongement du principe d'égalité. Mais il signifie aussi que les pouvoirs publics doivent se montrer neutre au regard des intérêts particuliers et ne chercher qu'à servir d'intérêt public.

g) Le principe de proportionnalité

Ce principe constitue la traduction juridique de l'idée d'équité et d'adéquation :

- Les mesures publiques doivent être propres à assurer l'obtention du résultat escompté. Une mesure manifestement inappropriée pour atteindre le but recherché ne peut être légale.
- Une mise en balance des avantages et des inconvénients de la mesure doit être effectuée. Une mesure qui aurait des inconvénients graves et des avantages réduits ne peut être justifiée.

---

<sup>10</sup> Le droit anglais parle de « legitimate expectation ».

L'idée de mise en balance<sup>11</sup> des conséquences d'un projet est centrale pour tout le droit de la planification<sup>12</sup>.

- l'administration doit chercher à minimiser les atteintes aux intérêts des particuliers que son action pourrait comporter. Les atteintes non nécessaires doivent être évitées. En particulier, en cas de mesures de police, il faut privilégier celles qui permettent d'atteindre l'objectif visé et qui sont les moins rigoureuses pour les particuliers.

#### h) Le principe de responsabilité

L'administration est responsable de ses actes et des conséquences préjudiciables qu'ils peuvent avoir. Elle a donc l'obligation d'indemniser les victimes d'une action préjudiciable si le préjudice résulte :

- d'un comportement fautif de l'administration,
- ou de la méconnaissance d'une règle de droit,
- ou si ce préjudice pèse sur un seul ou un petit groupe alors que l'action préjudiciable profite à l'intérêt général.

Le principe de la responsabilité publique est donc une conséquence du principe de l'égalité des citoyens devant les charges publiques.

#### 4) Des règles de plus en plus exigeantes pour la procédure administrative

Les règles de la procédure administrative constituent une garantie de qualité et légalité de la décision administrative, qui donne un caractère subsidiaire à la procédure juridictionnelle et réduit ainsi l'encombrement des tribunaux. Ces règles facilitent aussi et rendent plus efficaces le contrôle juridictionnel a posteriori lorsque celui-ci intervient. On peut donc dire qu'il n'y a pas de contrôle juridictionnel évolué et performant s'il ne s'appuie pas sur des règles de procédures administratives qui encadrent et orientent de manière précise et exigeante l'action administrative.

Dans un nombre grandissant de pays européens des lois de procédure administrative ont été élaborées. Elles représentent le cadre de conduite de l'administration publique et une charte de confiance entre les autorités publiques et les citoyens. La qualité de ces textes est essentielle pour la qualité de l'action administrative car ils incluent des exigences croissantes à l'encontre de l'administration et doivent néanmoins lui conserver souplesse et rapidité.

Malgré leur diversité d'inspiration, les règles communes suivantes peuvent être mentionnées :

- la règle de l'investigation complète : avant de prendre une décision, l'administration doit veiller à recueillir tous les éléments de fait et d'appréciation pertinents.

Cette règle peut se traduire dans les domaines particuliers par l'obligation de faire des études d'impact avant que certaines décisions soient prises.

- le respect du caractère contradictoire de la procédure et des droits de la défense

Les projets des décisions susceptibles de porter atteinte aux intérêts d'une personne doivent, sauf raisons particulières, être portés à la connaissance des intéressés pour qu'ils puissent faire connaître leurs observations.

---

<sup>11</sup> Abwägung en allemand.

<sup>12</sup> Au plan juridictionnel, cette idée est appliquée sous sa forme négative : les tribunaux sanctionnent une absence de mise en balance ou un déséquilibre manifeste dans la balance des intérêts et inconvénients d'une opération.

- la motivation formelle des décisions

Sauf exception justifiée, l'administration doit expliquer les raisons pour lesquelles elle a pris une décision déterminée.

- la règle de la transparence

Dans la ligne du principe précédant, l'administration doit diffuser une information appropriée sur les décisions qu'elle va prendre ou a prises et donner accès au public aux documents administratifs non couverts par un secret légitime.

- les principes de consultation et de concertation

Afin de rehausser la compréhension et l'acceptation de son action, l'administration doit, dans la mesure du possible, faire connaître les projets d'une certaine importance et recueillir l'avis du public sur ces projets<sup>13</sup>. Si ces projets suscitent des observations ou des réserves, l'administration doit les prendre en compte de manière appropriée.

- La règle de l'auto-contrôle : l'autorité doit examiner de manière effective les réclamations qui lui sont adressées et corriger les comportements ou décisions qui à l'examen se révèlent irréguliers.

**C) LES DIFFERENTES OPTIONS DANS L'ORGANISATION DU CONTROLE DE L'ADMINISTRATION PAR LES TRIBUNAUX**

**1) Les choix institutionnels** : juridiction administrative autonome ou intégrée dans le système judiciaire.

Traditionnellement on opposait les Etats ayant constitué une juridiction administrative spécialisée à ceux ayant conservé le contrôle de l'administration dans la compétence des juridictions de droit commun.

L'évolution des 20 dernières années a montré que cette opposition ne correspondait pas nécessairement à une différence essentielle. Elle doit être nuancée à plusieurs égards : il existe en fait deux conceptions d'une juridiction administrative spécialisée :

- la spécialisation au sein du système judiciaire de certains tribunaux dans le contrôle juridictionnel de l'administration, ces tribunaux restant cependant soumis aux mêmes statuts et aux mêmes principes que le reste du système judiciaire : il s'agit donc d'une simple juridiction fonctionnelle ;
- la création d'une juridiction administrative fondamentalement différente dans sa nature et dans son organisation de la juridiction judiciaire.

Il est de plus en plus rare, qu'il n'existe pas même dans les pays affirmant l'unité de juridiction sous une forme ou une autre une spécialisation des juges chargés du contentieux administratif (chambres spécialisées dans les tribunaux de droit commun, commission de recours ayant un mode de fonctionnement juridictionnel<sup>14</sup> ou d'autres formes d'organes spécialisés dans certains litiges administratifs.

La nécessité d'une spécialisation des magistrats dans certains domaines du droit public s'est donc presque partout imposée face à un droit public de plus en plus foisonnant et complexe. Les

---

<sup>13</sup> Cette information et cette consultation peuvent être organisées par une autorité indépendante telles qu'un commissaire enquêteur.

<sup>14</sup> Par exemple au Royaume-Uni, longtemps hostile à l'idée d'un droit administratif autonome, il existe un grand nombre d' « administratives tribunals », commissions quasi-judiciaires chargées de trancher des litiges administratifs, et désormais aussi une « administrative court » au sein de la high court.

modalités de cette spécialisation peuvent varier de pays à pays. La solution de chambres spécialisées au sein des juridictions ordinaires se développe de plus en plus (Pays-Bas, Pays de l'Est de l'Europe, Espagne, etc...). Il faut cependant constater que l'existence d'une juridiction administrative vraiment séparée reste le meilleur moyen de favoriser le développement d'une jurisprudence adaptée à la spécificité du contrôle de l'administration.

Mais dans les pays où existent de telles juridictions administratives séparées, on constate un processus de rapprochement avec les juridictions ordinaires. On exige de ces tribunaux les mêmes garanties d'impartialité et d'indépendance : les juges administratifs doivent être de vrais juges et non des fonctionnaires examinant des recours administratifs plus ou moins formalisés.

Enfin, dans aucun pays, tous les litiges intéressant l'administration sont portés devant des juridictions spécialisées. Le plus souvent, les activités économiques ou patrimoniales de l'administration relèvent des juridictions ordinaires. La définition des litiges de droit public est également variable. En particulier, selon les pays les mesures d'aide sociale ou de sécurité sociale relèvent du contentieux administratif ou du contentieux privé. Dans les dernières années, la fonction publique a parfois été transférée des juridictions administratives aux juridictions civiles ou du travail.

En résumé, la nécessité de spécialiser des juges dans le contrôle de l'administration s'impose de plus en plus, mais ils doivent rester de vrais juges.

C'est sur cette qualité de véritable juridiction qu'il faut insister aujourd'hui.

Un tribunal indépendant et impartial selon les critères de la Cour Européenne des Droits de l'Homme, cela signifie :

- une impartialité « objective » : il ne doit pas exister de moyens d'influence de l'administration sur les juges administratifs ; l'égalité des armes entre les particuliers et l'administration doit être complète ;
- une impartialité « subjective » : même s'il n'y a effectivement pas d'influence de l'administration sur les juges, la seule apparence d'un manque de neutralité constitue une atteinte à l'impartialité.

Ceci touche notamment le rôle du Commissaire du Gouvernement dans le procès administratif<sup>15</sup> et les relations entre les activités consultatives et contentieuses des juridictions administratives<sup>16</sup>.

Par ailleurs, pour garantir l'indépendance des juges administratifs, des précautions particulières doivent être prises en ce qui concerne leur nomination, leur promotion ou éventuellement les sanctions disciplinaires dont ils peuvent faire l'objet. Dans de nombreux Etats européens ont été créés des organismes indépendants du pouvoir exécutif chargés de prendre ce genre de décisions : ces « Conseils Supérieurs de la Juridiction Administrative » sont le plus souvent composés de représentants de corps des magistrats, de représentants du Parlement, de représentants des juridictions suprêmes et du Ministère de la Justice et de personnalités qualifiées (telles que des universitaires).

## **2. L'ouverture des voies de recours : des conditions de recevabilité larges ou étroites**

A côté des règles de recevabilité d'importance secondaire (délais de recours, formes de la requête, exigence d'une assistance d'avocat, épuisement des recours administratifs préalables, etc...), les différents systèmes européens de contrôle juridictionnel de l'administration se distinguent surtout par les exigences quant à la qualité pour agir.

- Certains pays limitent le droit de recours aux seules personnes directement visées par l'acte attaqué ou subissant du fait de cet acte une atteinte à un droit personnel juridiquement protégé<sup>17</sup>;

<sup>15</sup> Affaire Kresse 7 juin 2001 – Cour européenne des Droits de l'Homme

<sup>16</sup> Affaire Procola 28 septembre 1995 – Cour européenne des Droits de l'Homme

- d'autres pays admettent que toutes les personnes qui ont un intérêt légitime peuvent agir contre une décision administrative, cet intérêt pouvant être parfois très tenu<sup>18</sup>. Il peut être juridique ou purement factuel, économique ou seulement moral, etc...

De manière assez nette, cette dernière approche gagne du terrain. Une conception restrictive du droit de recourir alourdit le contrôle de recevabilité par les tribunaux, sans réduire considérablement le nombre des recours. Elle restreint considérablement la possibilité de recours des groupements représentatifs d'intérêt collectifs (associations de protection de l'environnement, syndicats...) qui constituent des alliés précieux pour un contrôle effectif de certaines décisions.

Dans la pratique, sur le plan quantitatif, la plupart des recours émanent de personnes directement lésées. Mais les recours formés par des personnes ne disposant pas de droit personnel lésé (notamment les recours d'associations) sont souvent ceux qui apportent qualitativement le plus au contrôle juridictionnel de l'administration et font progresser le mieux la jurisprudence.

### **3. L'étendue du contrôle : actes et comportements de l'administration pouvant être soumis au juge administratif .**

Il ne suffit pas qu'un système de contrôle juridictionnel ait été institué. Encore faut-il qu'il couvre efficacement le champ d'activité de l'administration et ne comporte pas des lacunes significatives.

Or si tous les Etats européens connaissent un système de contrôle juridictionnel de l'administration, beaucoup ont conservé des « zones de non contrôle » qui doivent être résorbées. En effet, si l'on veut promouvoir l'Etat de droit, on ne peut pas accepter que, dans certains secteurs, l'Etat puisse violer impunément sa propre loi. Sans doute, selon les domaines, la loi peut être plus ou moins exigeante et le contrôle du juge plus ou moins complet, mais le respect de la loi doit être assuré et un recours doit exister pour toutes les actions publiques.

L'évolution des années récentes a permis dans la plupart des pays européens de renforcer l'étendue du contrôle juridictionnel dans les domaines suivants :

- Les « actes de Gouvernement » : certaines décisions administratives restaient exclues du contrôle juridictionnel en raison de leur contenu « politique » ou parce qu'ils concernent les pouvoirs publics les plus importants de l'Etat. Ce motif d'exclusion du contrôle juridictionnel est de plus en plus souvent remis en cause<sup>19</sup> dès lors que les décisions en cause ont une portée juridique.
- Les « mesures d'ordre intérieures » : à l'inverse des actes du Gouvernement, certaines décisions de gestion interne à l'administration ne relèvent pas dans certains pays des tribunaux car elles sont jugées trop modestes. Mais dès lors que ces décisions ont des effets sur les tiers, elles doivent pouvoir faire l'objet d'un contrôle juridictionnel. Ceci concerne notamment les décisions concernant les prisonniers ou les militaires.
- Les actes réglementaires : il est assez fréquent que les actes réglementaires soient soumis à des voies de recours spécifiques, mais il serait incohérent de les exclure du contrôle alors que ces actes servent de fondement à des actes individuels eux-mêmes soumis au contrôle juridictionnel.
- Les actes contractuels et notamment les marchés publics. Sous prétexte que dans certains systèmes nationaux, de tels actes relèvent du droit privé et qu'ils n'intéressent que les parties au contrat, de tels actes ont souvent été exclus du contrôle juridictionnel et ce même dans les Etats qui visent une soumission intégrale de l'administration au droit<sup>20</sup>. Grâce au droit

<sup>17</sup> Etats germaniques et d'Europe centrale.

<sup>18</sup> Etats influencés par le droit français.

<sup>19</sup> Voir par exemple la loi espagnole du 1<sup>er</sup> juillet 1998.

<sup>20</sup> C'était le cas jusqu'à une période récente pour les marchés publics passés par l'administration allemande.

communautaire, ces actes ont été réintégrés dans un système de contrôle juridictionnel, qu'il s'agisse de litiges relatifs à la conclusion ou à l'exécution d'actes contractuels.

#### **4. L'intensité du contrôle : le contrôle juridictionnel du pouvoir d'appréciation reconnu à l'administration**

(la question du « pouvoir discrétionnaire »)

En dehors des cas où elle fixe de manière complète les conditions de l'action administrative (« compétence liée »), la loi laisse souvent une marge d'opportunité plus ou moins importante à l'administration. C'est une question complexe dans tous les systèmes juridictionnels de savoir quelle est l'étendue du contrôle des tribunaux sur l'utilisation de ce pouvoir d'appréciation. Elle est délicate car il faut conjuguer deux préoccupations contradictoires :

- renforcer le contrôle sur l'utilisation de ce pouvoir qui peut être source d'arbitraire ;
- conserver à l'administration la marge de manœuvre que la loi a voulu lui réserver dans le but d'une flexibilité suffisante.

Pour répondre à cette difficulté, les divers systèmes juridictionnels ont développé des raisonnements variables mais convergents :

En premier lieu, il faut dans chaque situation administrative définir les limites du pouvoir discrétionnaire. L'analyse juridique montre que celui-ci ne concerne pas l'interprétation de la loi mais seulement l'appréciation des faits. Même si la loi utilise des « concepts juridiques indéterminés » comme « sécurité publique » ou « immoralité », il appartient au juge de vérifier si l'interprétation donnée à ces concepts par l'administration est correcte : l'interprétation des concepts juridiques est une question de légalité et non d'opportunité.

- Par ailleurs, tout pouvoir d'appréciation est encadré par un certain nombre de principes généraux qui limitent sa marge d'application : principe d'égalité, principe de proportionnalité, principe de confiance légitime, etc
- En 2<sup>ème</sup> lieu, l'évaluation des faits à laquelle correspond l'exercice du pouvoir d'appréciation doit respecter certaines règles : l'autorité administrative doit veiller à recueillir tous les faits pertinents et écarter ceux qui ne sont pas pertinents. Ces faits doivent être portés à la connaissance des parties et pouvoir être discutés par elles (principe de motivation et du caractère contradictoire de la procédure). Enfin, les différents éléments d'appréciation factuels doivent être mis en balance de manière à respecter leur importance respective telle qu'elle est fixée par la loi.
- L'administration doit aussi veiller à prendre en compte les objectifs et les buts recherchés par l'autorité qui lui a confié le pouvoir d'appréciation. Ce pouvoir ne saurait être utilisé que pour atteindre les buts pour lesquels il a été institué et aucun autre, sinon il aurait « détournement de pouvoir ».
- L'administration doit en outre faire un usage réel et complet de son pouvoir d'appréciation. Elle ne saurait s'en tenir à une position de principe ou a priori sans examiner les circonstances particulières de chaque cas. Elle commettrait une illégalité si elle refusait d'exercer le pouvoir d'appréciation qui lui a été confié.
- Enfin, s'il revient à l'administration, dans le respect des règles qui précèdent, de porter une appréciation sur les faits, il appartient au juge de corriger celle-ci si elle apparaît comme manifestement excessive ou déraisonnable, en d'autres termes, s'il y a « erreur manifeste d'appréciation ».

Ces règles de mise en œuvre du pouvoir d'appréciation partagées par la plupart des juridictions administratives européennes sont plus ou moins strictement appliquées selon les circonstances et les

pays. Elles permettent un contrôle rigoureux de l'administration sans la priver de l'autorité et de la marge d'action qui lui est nécessaire. Le sens de la jurisprudence en ce domaine vise à mieux encadrer et baliser la marge d'appréciation de l'administration sans l'anéantir.

## **5. Les règles de la procédure juridictionnelle**

Les méthodes d'examen des recours présentés devant le juge administratif répondent à certains principes généraux communs, mais expriment aussi des traditions divergentes :

- Les principes communs : ceux-ci garantissent l'égalité des parties<sup>21</sup> en ce qui concerne la possibilité pour chacune d'entre elle de faire valoir ses arguments, le caractère contradictoire de la procédure (en vertu duquel toutes les parties doivent être informées de tous les éléments en débat et notamment des arguments de l'adversaire), la possibilité de répondre aux objections que le tribunal soulèverait d'office et la neutralité de la juridiction dans l'instruction de l'affaire.
- Les traditions divergentes  
Le rôle du juge dans l'instruction de l'affaire est comprise de manière variable. Dans certains pays, le juge doit prendre une part active à la recherche de la vérité. Il doit diriger les débats, rechercher lui-même les éventuelles irrégularités qui peuvent affecter l'acte attaqué ou, au contraire, les arguments qui peuvent justifier le bien fondé de cet acte (procédure « inquisitoire » ou d'instruction d'office).

Une autre conception consiste à ne voir dans le juge qu'un arbitre passif écoutant des arguments des parties sans prendre une part active dans la recherche des éléments pertinents (procédure dite contradictoire, laissant la conduite de la procédure à la disposition des parties).

Chacune des ces méthodes a des avantages et des inconvénients. La procédure inquisitoire est très exigeante pour le juge et risque de le faire apparaître comme manquant d'impartialité. La procédure contradictoire aboutit à ce que le procès soit gagné par la partie la plus habile et non celle qui a raison. Le juge se trouve dans une telle procédure incapable de soulever d'office l'irrégularité qu'il est le seul à avoir aperçue. Une intervention active du juge peut être nécessaire pour contre balancer l'inégalité entre l'administration publique et un requérant privé.

## **D) LES PROBLEMES RENCONTRES PAR LE CONTROLE JURIDICTIONNEL DE L'ADMINISTRATION**

### **1) La croissance du nombre des recours**

Un problème commun à la plupart des pays européens est lié à l'encombrement des juridictions, dû à la croissance plus rapide du nombre des affaires que l'augmentation du nombre des juges.

Il en résulte des délais de jugements excessifs et parfois une tentation de réduire le temps et l'attention consacrés aux contestations. La qualité de la justice administrative peut donc être compromise par cette situation.

Dans presque tous les pays, un contentieux présente un développement proprement catastrophique : le contentieux des étrangers. Ainsi, en Allemagne, le contentieux des demandes d'asile a pris un ampleur telle qu'il a failli tuer la justice administrative. Encore aujourd'hui, il représente près de la moitié des affaires jugées par les tribunaux administratifs de première instance de ce pays. Mais des situations difficiles existent pour le contentieux des autorisations de séjour des étrangers dans beaucoup d'autres Etats.

D'autres domaines connaissent des recours nombreux voire systématiques : il en est ainsi des grands projets d'aménagements et d'urbanisme. Le droit de la construction suscite lui aussi beaucoup de

---

<sup>21</sup> La Cour Européenne évoque l'idée « d'égalité des armes ».

contentieux. Il en est de même pour le droit des décisions administratives en matière d'aide sociale. Cependant, dans beaucoup de secteurs du droit, le pourcentage des recours par rapport aux décisions prises par l'administration n'est pas véritablement anormal, mais le nombre des décisions prises par l'administration est tellement considérable (cf. le domaine fiscal) que même une faible augmentation de la proportion de contestations représente un grand nombre de recours et peut déséquilibrer les juridictions.

La justice administrative se trouve dès lors prise dans une sorte de contradiction :

- d'un côté, on cherche à développer l'efficacité et le caractère exhaustif de la protection juridictionnelle, ainsi que l'accessibilité à la justice, il en résulte nécessairement une attractivité croissante de la justice administrative ;
- de l'autre côté, on se plaint de l'excès du nombre des recours qui constitue la conséquence normale de cette attractivité accrue et l'on voudrait que le recours aux tribunaux soit plus limité.

Plusieurs réponses à cette difficulté sont envisagées.

- On a cherché à développer des mécanismes de « filtres » tels que :
  - faire précéder les recours contentieux par des recours administratifs préalables obligatoires. Si ces recours examinés par des autorités internes à l'administration<sup>22</sup> sont bien organisés et offrent de réelles garanties, ils peuvent permettre d'éviter un nombre important de recours ;
  - instaurer une obligation de recourir à l'intermédiaire d'un avocat, du moins pour certains types de litiges : l'avocat peut décourager son client d'entreprendre un recours voué à l'échec ; de plus son intervention renchérit le coût de la procédure, ce qui peut avoir un effet dissuasif ;
  - créer un filtre financier en augmentant les frais de justice ; dans certains cas, des mécanismes d'amendes pour recours abusifs ont été institués ;
  - mettre au point des procédures juridictionnelles simplifiées de rejet pour les requêtes manifestement irrecevables ou infondées ;
  - renforcer les conditions de recevabilité des requêtes pour limiter leur nombre ; en particulier les conditions de recours en appel ont été rendues plus strictes dans plusieurs pays (exclusion de l'appel pour certaines matières ; exigences renforcées quant aux conditions de motivation des recours en appel ; obligation du recours à un avocat, etc...) <sup>23</sup>.
  - subordonner le droit d'engager un recours à une « autorisation » donnée par la juridiction saisie<sup>24</sup>.
- Sur un autre plan, on a cherché à constituer des alternatives à la procédure juridictionnelle. Diverses démarches sont envisageables dans cet ordre d'idée :
  - développer le caractère protecteur et participatif de la procédure administrative préalable : on espère que si la concertation est bien réalisée à ce stade, il y aura moins de recours juridictionnels. Il est exact que si la procédure administrative exige le respect du principe de contradiction, oblige l'administration à motiver sa

---

<sup>22</sup> Par exemple, le recours hiérarchique ou le recours organisé devant une commission de recours interne à l'administration.

<sup>23</sup> Cette évolution peut être constatée notamment en France et en Allemagne.

<sup>24</sup> Ce système existe au Royaume-Uni pour la saisine de la Haute Cour et en France pour les recours en cassation.

position et à établir un rapport de confiance avec les citoyens, le nombre de recours sera moins important<sup>25</sup> ;

- proposer d'autres formes de recours externes à l'administration qui, dans certains cas, sont plus adaptées (Ombudsman) ;
  - développer les techniques de « médiation » : la médiation cherche à concilier les parties alors qu'une juridiction déclare quelle est la partie qui a juridiquement raison. Avec la médiation, on essaie d'aboutir à un arrangement amiable sur la base d'un compromis. Celui-ci peut offrir une satisfaction raisonnable aux deux parties, ce qui est important notamment lorsque celles-ci doivent poursuivre leur collaboration après la fin du litige.
- Une autre réponse à l'afflux des recours consiste à rationaliser leur traitement en recourant aux moyens modernes de gestion (et notamment à l'informatique), en procédant à des opérations de tri ou de regroupement des affaires semblables, en améliorant les systèmes de documentation, voire en développant des programmes d'aide à la décision et à la rédaction des jugements. Enfin, par la spécialisation des magistrats, la mise à leur disposition de ceux-ci d'auxiliaires ou d'assistants qui peuvent les décharger d'une partie du travail. Dans beaucoup de pays, la « productivité » des tribunaux a ainsi pu être sensiblement renforcée.
- Enfin, puisque les délais de jugement tendent à s'allonger, une autre mesure consiste à développer les voies de règlement provisoire des litiges, c'est-à-dire les procédures d'urgence : selon une procédure accélérée et sommaire un jugement provisoire permet d'obtenir une solution intérimaire qui permet de mieux patienter jusqu'à l'intervention de la décision définitive du tribunal.

Toutes ces mesures restent en partie inefficaces face à la demande grandissante de justice. En fin de compte, tous les pays sont obligés de renforcer leurs effectifs de juges administratifs et de développer leur système judiciaire.

Il faut dire cependant que, sauf des cas pathologiques, comme le contentieux des étrangers, le nombre de recours, et par voie de conséquence le coût de la justice administrative, reste faible au regard du coût total de la machine administrative<sup>26</sup>. Mais le nombre des recours peut se traduire aussi par une complexité accrue de l'action administrative.

## 2) **Le contrôle juridictionnel perçu comme un facteur de lourdeur et d'inefficacité de l'action publique**

Une autre difficulté liée au succès du contrôle juridictionnel de l'administration en Europe et à la multiplication des recours, - donc à la multiplication des annulations d'actes administratifs - réside dans le fait que ce contrôle juridictionnel est perçu de manière croissante, notamment par le milieu politique, comme un facteur de surréglementation de l'activité administrative, en relation avec « l'inflation législative et réglementaire » c'est-à-dire la multiplication des lois et règlements et à la complexité grandissante des règles de procédure, lesquelles exigent les démarches de plus en plus complexes avant qu'une décision puisse être prise (étude d'impact, principe de précaution, concertation préalable, communication de documents, etc...).

En d'autres termes, le contrôle juridictionnel contribue à alourdir l'action administrative, à l'enfermer dans des règles complexes, à la soumettre à des principes de plus en plus difficiles à respecter ou à combiner correctement, sans commettre une illégalité quelconque. Les règles imposées par la procédure administrative sont souvent justifiées mais la sanction de leur inobservation par l'annulation

---

<sup>25</sup> Mais ces règles de procédure ont elles-mêmes un coût : elles rendent le travail administratif plus complexe et parfois plus lent. Elles exigent des ressources humaines et du personnel de qualité. Enfin, la complexité des règles de procédure peut elle-même être une source contentieuse.

<sup>26</sup> Selon un calcul statistique la justice administrative française coûterait moins que le fonctionnement de l'opéra de Paris !

juridictionnelle de la décision concernée paraît souvent trop lourde : le fait d'ajouter un contrôle rigide à des règles sévères provoque un déséquilibre qui multiplie les sources d'irrégularité : par la survenance d'un nombre significatif d'annulation une des finalités essentielle du contrôle juridictionnel se trouve en partie remise, à savoir la sécurité juridique.

Il en résulte une réaction critique, voire parfois une contestation du contrôle juridictionnel de l'administration, en particulier au plan politique, notamment lorsque des projets importants dans lesquels une autorité exécutive, s'est beaucoup investie sont annulés par le juge administratif. La légitimité démocratique, voire l'efficacité économique ou les nécessités financières sont alors présentées comme compromises par un contrôle juridictionnel trop rigide à la légalité formelle.

Dans certains pays, on a fait valoir que les possibilités de recours<sup>27</sup> vont trop loin et que l'intensité du contrôle est trop forte. Il faudrait donc « desserrer l'étau du contentieux » pour que l'appareil administratif redevienne efficace et compétitif<sup>28</sup>.

Mais dans aucun pays, il n'y a finalement eu de remise en cause sérieuse du contrôle juridictionnel. Une telle remise en cause aurait d'ailleurs été en contradiction avec la demande de contrôle accru qui a été signalée antérieurement.

Comment alors corriger le risque de juridictionnalisation excessive sans limiter le contrôle ? Comment moduler les effets du contrôle juridictionnel de l'administration ?

La réflexion s'est dirigée dans plusieurs pays vers d'autres solutions que la remise en cause des possibilités de recours ou la réduction du pouvoir des juges. Cette réflexion est encore en cours et un certain nombre d'évolutions ne sont pas achevées.

Elles conduisent paradoxalement non pas à réduire le rôle des tribunaux mais à l'élargir encore davantage. En effet, dans beaucoup de systèmes juridictionnels, on est parti de la constatation que la seule annulation d'un acte de l'administration est souvent à la fois insuffisante et excessive :

- elle est insuffisante en ce qu'elle crée un vide juridique qu'il est ensuite difficile de combler. Le juge peut aider à surmonter ce vide en indiquant à l'administration la voie à suivre, quels sont les droits à respecter, puis en ordonnant les actes à prendre.

Ainsi, dans plusieurs pays, a été développé un pouvoir de déclaration ou d'injonction au bénéfice du juge de l'administration. Ces pouvoirs lui permettent de ne pas se borner à annuler les décisions illégales, mais à rétablir la légalité administrative en indiquant à l'administration comment tirer les conséquences d'une annulation.

- une autre tendance vise à permettre au juge de corriger lui-même l'irrégularité constatée. Dans cette logique, la juridiction administrative a développé des procédures visant non seulement à constater les irrégularités juridiques affectant les actes administratifs mais aussi à régulariser la situation autant que possible au lieu d'annuler purement et simplement cet acte. Plusieurs techniques ont été développées à cette fin :
  - le juge administratif peut ainsi accepter voire susciter une substitution des motifs ou de la base légale d'un acte comportant une irrégularité à cet égard, c'est-à-dire qu'il accepte que les éléments de fait ou de droit qui sont à la base de la décision attaquée peuvent être modifiés en cours de procédure ;
  - il peut décider ou ordonner la correction de certaines erreurs de procédure, par exemple en fixant des mesures complémentaires d'instruction qui pourraient compenser les irrégularités constatées.

---

<sup>27</sup> Ainsi, en Suisse, après l'annulation par un tribunal à Zürich de la décision de construction d'un stade devant servir à une rencontre mondiale de football sur le recours d'une association de protection de l'environnement, on a proposé de réduire les droits de recours à la justice administrative.

<sup>28</sup> En Allemagne, l'argument de la baisse de compétitivité et d'attrait économique de ce pays du fait d'un contrôle juridictionnel est devenu très populaire dans les années 1990.

- Le juge peut même être appelé à intervenir avant même que la décision soit définitivement adoptée pour corriger une procédure en cours s'il existe un doute sur sa régularité<sup>29</sup>.
- Enfin, une autre méthode consiste à moduler les effets dans le temps d'une annulation (ceci concerne surtout les actes réglementaires) : au lieu de procéder à une annulation totale, elle n'est prononcée que pour l'avenir, voire de manière conditionnelle si dans un délai déterminé l'administration ne prend pas une mesure correctrice<sup>30</sup>.

Une telle évolution rencontre évidemment aussi la critique<sup>31</sup> : cela ne fait-il pas sortir les tribunaux de leur rôle et ne remet-il pas en cause le principe de séparation des autorités exécutives et juridictionnelles<sup>32</sup>. Mais cela peut avoir aussi des effets très positifs en nuancant les effets de contrôle.

Il faut d'ailleurs noter que tout acte administratif s'il suscite des griefs pour certaines personnes, crée aussi des avantages pour d'autres. Le procès administratif n'est pas seulement un litige entre un particulier et l'administration mais aussi entre le particulier lésé par l'acte et le particulier qui en est le bénéficiaire. En corrigeant un acte administratif au lieu de l'annuler, le juge administratif ne se met donc pas au service de l'administration contre les citoyens, mais il réalise de manière plus complète son rôle qui est de prendre en compte l'ensemble des intérêts en présence de la manière la plus équilibrée possible.

Il faut donc approuver cette tendance qui voit la solution aux conséquences parfois excessives du contrôle juridictionnel non dans la réduction de ce contrôle mais dans une recherche visant à en affiner l'exercice et les conséquences. Dans ce domaine comme dans d'autres, nos sociétés complexes ne peuvent régler leurs problèmes par un chimérique retour vers une plus grande simplicité de l'action administrative et donc vers un moindre contrôle juridictionnel. Il faut au contraire un surcroît de technicité juridictionnelle pour maîtriser et dépasser les effets négatifs d'un contrôle encore trop global et parfois marqué par des solutions simplistes<sup>33</sup>.

---

<sup>29</sup> C'est l'idée d'une procédure d'urgence pré-contractuelle telle qu'elle existe en France.

<sup>30</sup> De telles techniques sont appliquées par le juge communautaire, le juge constitutionnel allemand et plus récemment le Conseil d'Etat français.

<sup>31</sup> En Allemagne, s'est développé le slogan que les tribunaux administratifs ne doivent pas devenir les « ateliers de réparation » des actes administratifs.

<sup>32</sup> C'est pourquoi ces orientations sont parfois perçues comme choquantes : elles font descendre le juge de son Olympe et effacent les frontières entre phase administrative et phase juridictionnelle.

<sup>33</sup> Telle que l'alternative du « tout ou rien » : annulation ou rejet.