

## CONCOURS ENM 2022

### Droit public

#### 1/ L'acte administratif est-il contrôlable ?

Depuis près de deux années, les multiples contestations liées aux décisions administratives, individuelles ou réglementaires, prises dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire démontrent, si cela était nécessaire, l'existence d'un contrôle juridictionnel des actes pris par l'Administration dans le cadre de ses prérogatives de puissance publique, justifiant ainsi, soulignons-le, la réalité de l'Etat de droit.

L'Etat n'est plus seulement producteur de règles juridiques : il accepte de se les voir opposées. « L'administration doit obéir aux normes qui constituent à la fois le fondement, le cadre et les limites de son action ; et cette soumission doit être garantie par l'existence d'un contrôle juridictionnel » (J. Chevallier, *L'Etat de droit*, Montchrestien). Depuis lors, l'administration se soumet au contrôle du juge : le juge administratif en priorité, mais aussi le juge judiciaire, plus exceptionnellement.

L'acte administratif est un acte juridique naissant de la seule volonté d'une autorité administrative dans l'exercice de ses fonctions ou par une personne privée pour l'exécution du service public dont elle est chargée en faisant usage des prérogatives de puissance publique dont elle est investie pour accomplir ce service et modifiant l'ordonnement juridique. En ce sens, il ajoute, enlève ou modifie quelque chose aux normes en vigueur. L'acte administratif représente le principal instrument d'action de l'administration, matérialisant ainsi l'une des prérogatives de puissance publique. L'acte administratif, déroutant pour un « privatiste » ou un « profane », marque ainsi la puissance de l'administration, investie d'une mission d'intérêt général et imposant sa volonté à tous. Il s'agit d'un « privilège » pour l'administration, parfois même une obligation (CE, *Préfet de l'Eure*) et son caractère exécutoire constitue une « règle fondamentale du droit public » (CE 1982, *Huglo*). Il est, par principe, contrôlé par le juge administratif, le juge « naturel » (CC 1987, *Conseil de la concurrence*) de l'administration.

Aujourd'hui, l'exorbitance de l'acte administratif est atténuée, sous l'impulsion de plusieurs facteurs, comme la remise en cause de la prééminence de l'Administration et l'importance grandissante des droits individuels accordés aux citoyens, depuis les années 1980, grâce à une législation toujours plus protectrice des droits des administrés (loi de 1978 sur l'accès aux documents administratifs, loi de 1979 sur la motivation des actes, loi du 12 avril 2000 sur les citoyens administratifs, entrée en vigueur du CRPA...). Pour accompagner ce mouvement, la Justice administrative, principalement, cherche à renforcer sa légitimité. Et parmi les facteurs d'évaluation de l'atteinte de cet objectif d'efficacité se trouve celui du droit au recours contre les actes administratifs.

Toutefois, poser aujourd'hui la question de savoir si l'acte administratif est contrôlable n'a que peu de sens : la réponse est évidemment positive et le fameux arrêt *Dame Lamotte* (CE 1950) justifie cette – simple – réponse ! En vérité, la question la plus pertinente est plutôt celle de l'effectivité du recours contre les actes administratifs. Dès lors, évoquer le contrôle de l'acte administratif suppose de s'interroger sur des éléments plus importants, tels l'évolution de la notion d'acte administratif, la multiplicité du contrôle juridictionnel et, enfin, le développement des contrôles administratifs.

**Le juge administratif (de droit commun ou spécialisé) a progressivement assoupli la notion d'acte administratif, permettant d'élargir considérablement les actes pris par l'administration et susceptibles de recours contentieux.** D'abord par la reconnaissance que certaines personnes privées puissent édicter des actes administratifs. Il s'agit de l'un des premiers grands paradoxes du droit administratif : une personne privée (morale ou physique) peut être compétente pour édicter des

actes administratifs. En effet, la jurisprudence administrative a consacré ce droit dès 1942 (CE 1942, *Monpeurt*). Quelques années plus tard, le Conseil d'État a confirmé ce principe en renforçant les prérogatives des personnes privées : les actes pris par des personnes privées chargées d'un service public et visant à son exécution peuvent être des actes administratifs, à la condition nécessaire que la personne privée assure l'exécution d'un service public et si des prérogatives de puissance publique sont employées à cet effet (CE 1961, *Magnier*). Par conséquent, l'une des conditions nécessaires pour qu'une personne privée puisse prendre des actes administratifs étant l'exécution d'un service public (ex. de jurisprudences « célèbres » : CE 1976, *Fédération française de cyclisme* ; TC 1968, *Époux Barbier*). Puis, la conception même de l'intérêt à agir contre les actes administratifs s'est progressivement libéralisée : CE 1901, *Casanova* ; CE 1906, *Syndicat des propriétaires du Quartier de Croix-de-Seguey-Tivoli* ; CE 1906, *Patrons coiffeurs de Limoges*, etc. Ensuite, la jurisprudence et le législateur ont donné aux silences de l'administration (absence de réponse à une demande d'un administré) une valeur juridique, sous certaines conditions, pour permettre au justiciable de bénéficier, par une fiction juridique, d'une décision administrative susceptible de recours (le silence au bout de deux mois valait décision de rejet, maintenant, cf. CRPA pour la réforme du « silence » depuis 2013). Enfin, la jurisprudence administrative a ainsi construit une politique favorisant le recul des « exceptions » au droit au recours. Sous l'impulsion plus ou moins discrète de la Cour EDH (atteinte au droit au recours), le juge a ainsi multiplié les « points d'impacts » : d'abord, par la réduction des actes de gouvernement (*Prince Naopléon*) ; ensuite par l'atténuation du champ d'application des « mesures d'ordre intérieur » (CE 1992, *Kherouaa*, CE 2007, *Boussouar*, *Payet*, CE 1997 *Hardouin*, CE *Marie*, etc.) ; ensuite, par la reconnaissance progressive et de plus en plus générale des « actes d'orientation » : les circulaires (CE 2002, *Duvignères*), les lignes directrices (CE 1970, *Crédit Foncier de France* ; CE 2015, *Ortiz*), les actes des autorités de régulation, du droit souple aux documents de portée générale (CE 2016, *Numéricable* ; *Fairvesta International* ; CE 2020, *Gisti*, etc.). Le dénominateur commun de ces évolutions jurisprudentielle est le fait que, pour le juge administratif, la condition essentielle, pour ne pas dire nécessaire, pour que l'acte soit susceptible de recours, soit l'atteinte à la situation juridique (droits, libertés, garanties...) du requérant. On constate donc une sorte de « subjectivisation » de l'acte administratif. La jurisprudence exige ainsi que l'acte fasse « grief ». L'acte faisant grief est un sésame du point de vue de la contestation juridique.

**La démocratisation de l'accès au juge administratif s'est accompagnée d'une sophistication du contentieux administratif au bénéfice d'une meilleure protection des droits des administrés et d'un meilleur contrôle de l'action administrative.** En effet, la diversité des recours juridictionnels offerts, aujourd'hui, aux justiciables, permet de répondre positivement à la question de l'effectivité du recours contre les actes administratifs. Sans entrer ici dans les détails de la procédure administrative contentieuse, il est simplement possible d'affirmer qu'il existe plusieurs procédures pour contester un acte administratif devant le juge administratif : le recours pour excès de pouvoir ; le recours de plein contentieux ; le référé-suspension (L.521-1 CJA) pour suspendre, temporairement, l'exécution d'une décision administrative ; le référé-liberté (L.521-2 CJA) pour mettre fin à toute atteinte grave et illégale à une liberté fondamentale ; les actions collectives ; les procédures d'exécution d'une décision de justice censurant un acte administratif (injonction et astreinte, cf. art. L.911-1 et -2 CJA). Dans le cas particulier du recours pour excès de pouvoir, **l'intensité du contrôle du juge administratif a connu, également, une certaine évolution.** Cette intensité est fonction de la part de pouvoir discrétionnaire reconnue à l'administration. Cependant, quelle que peut être cette intensité, certains « cas d'ouverture » sont invariablement retenus par le juge. Il s'agit, outre ceux relevant de la *légalité externe* (compétence de l'auteur de l'acte, forme et procédure), ceux relevant de la *légalité interne*, tels les motifs de droit qui président à la décision (violation de la loi, défaut de base légale, détournements de pouvoir et de procédure) et de l'exactitude matérielle des faits. La part variable du contrôle, en revanche, relève de la « qualification juridique des faits » : contrôle normal (le juge se livre à la qualification juridique des faits ; un tel contrôle le conduit à déterminer si la décision prise par l'administration est en adéquation avec les faits de l'espèce) ou contrôle maximal (la qualification juridique des faits ne porte plus seulement sur les motifs de fait président à la décision mais s'étend également à son dispositif, notamment la proportionnalité : CE

1933, *Benjamin* ; CE 2013, *Dahan*). Le sens de l'histoire est d'ailleurs celui d'une généralisation, probable, du contrôle de proportionnalité, offrant ainsi une meilleure protection des droits des administrés. Les procédures administratives contentieuses existent et sont nombreuses ; contrôler un acte administratif est relativement aisé, mais à la condition de respecter deux points essentiels : que l'acte fasse grief et que les délais de recours soient respectés.

**Le juge judiciaire apparaît comme une opportunité croissante pour contrôler les actes de l'administration.** Malgré les interdictions posées par les lois des 16-24 août 1790 et du 16 fructidor an III, le législateur et le Tribunal des conflits ont, régulièrement, attribué au juge judiciaire un nombre toujours plus croissant de compétences en matière de contrôle de l'action publique. La compétence – croissante – du juge judiciaire s'explique par plusieurs phénomènes : la nécessaire « bonne administration de la justice », l'atténuation progressive de l'exorbitance du droit administratif ou encore, entre autres, le besoin grandissant de la protection des droits et libertés. Les dérogations au schéma classique de répartition des compétences juridictionnelles trouvent principalement leur origine dans le principe constitutionnel érigeant l'autorité judiciaire en « *gardienne de la liberté individuelle* » (art. 66 al. 2 C), alors même que la compétence devrait revenir dans les cas d'espèce concernés (contestation des actes administratifs) au juge administratif. Elles s'expliquent aussi par des interventions législatives attribuant compétence au juge judiciaire tout particulièrement en matière d'engagement de la responsabilité de la personne publique (loi du 5 avril 1937 relative à la responsabilité civile des instituteurs, loi du 31 décembre 1957 relative aux actions en responsabilité des dommages causés par tout véhicule et dirigés contre une personne morale de droit public). La jurisprudence considère traditionnellement que « *la protection de la propriété privée rentre essentiellement dans les attributions de l'autorité judiciaire* » (TC 1949, *Société Hôtel du Vieux-Beffroi*). Le législateur détermine ainsi des blocs de compétence (CC, 1987, *Conseil de la concurrence*) : hospitalisation d'office (L.3211-12 code de la Santé publique), rétention administrative, etc. Au surplus, selon le code pénal : « *Dans tous les cas d'atteinte à la liberté individuelle, (...) les tribunaux de l'ordre judiciaire sont toujours exclusivement compétents* » pour statuer sur toute action « *civile* ». En matière d'interprétation et d'appréciation des actes administratifs, tout juge civil est compétent pour interpréter un acte administratif réglementaire (TC 1923, *Septfonds*). L'article 111 alinéa 5 du nouveau code pénal dispose que « *Les juridictions pénales sont compétentes pour interpréter les actes administratifs, réglementaires ou individuels et pour en apprécier la légalité lorsque, de cet examen, dépend la solution du procès pénal qui leur est soumis* ». Plus récemment, le Tribunal des conflits précise que l'obligation de renvoi préjudiciel s'efface « *lorsqu'il apparaît clairement, au vu notamment d'une jurisprudence établie, que la contestation peut être accueillie par le juge saisi au principal* » (TC 2011 *Société Green Yellow*) tandis que deux mois auparavant le Tribunal avait déjà assoupli sa position lorsqu'il « *apparaît manifestement, au vu d'une jurisprudence établie, que la contestation peut être accueillie par le juge saisi au principal* » ; il précise également que les principes de la jurisprudence *Septfonds* ne trouvent « *pas à s'appliquer lorsque la contestation incidente concerne la conformité d'un acte administratif au droit de l'Union européenne* » (TC 2011, *SCEA du Chéneau c/ INAPORC*) en se fondant sur l'article 88-1 C.

**Au nom de l'amélioration de la relation administrative et du renforcement des droits des citoyens, les actes administratifs peuvent être contrôlés par des modes non juridictionnels de résolution des conflits.** Le contrôle de l'acte administratif ne se limite pas au contrôle juridictionnel. Les contrôles administratifs peuvent intervenir indépendamment de tout litige et en cas de conflit, il est possible de le régler sans recourir à la voie juridictionnelle. Premièrement, les recours administratifs préalables (L.410-1 et s. CRPA) tendent à obtenir l'annulation ou la réformation de l'acte administratif contesté. Ils peuvent être, d'abord, facultatifs : dans ce cas, ils sont soit « *gracieux* », soit « *hiérarchiques*. Le recours facultatif suspend le délai du recours contentieux (R.421-1 et s. CJA). Théoriquement, ces recours facultatifs peuvent être exercés à n'importe quel moment ; en réalité, cette liberté est atténuée par la nécessité de réaliser ce recours administratif dans les deux mois suivant la notification de la décision (R.421-3 CJA) si le requérant souhaite contester la décision, par la suite, devant le juge. Ils peuvent être, ensuite, obligatoires (L.412-2 et -3 CRPA). Dans certains domaines, il

n'est pas possible de saisir directement le juge administratif, des textes imposent, à peine d'irrecevabilité du recours contentieux, que l'administré ait saisi au préalable l'administration d'un recours administratif. La formation de ce recours dessaisit l'autorité auteur de la décision initiale de tout pouvoir sur celle-ci ; la décision prise sur ce recours préalable se substitue dans tous les cas à la décision initiale contestée (CE 2005, *Houlbreque*). Les recours obligatoires sont soumis à des délais variables. Cette grande diversité peut introduire une certaine confusion, toute erreur sur les délais auxquels ils sont soumis imposera aux requérants l'abandon de leurs prétentions. Deuxièmement, les modes alternatifs de règlement des différends se développent et offrent aux justiciables de nouvelles possibilités pour obtenir un contrôle de l'acte administratif. La « médiation » constitue, aujourd'hui, le principal instrument de cette démarche, renforcée par la loi du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle (L.213-1 CJA). La médiation permet – théoriquement – un dialogue constructif entre le requérant et l'administration. Troisièmement, l'action de l'administration peut, le cas échéant, être portée devant les autorités administratives indépendantes, comme le démontre, par exemple, l'article L.424-1 du CRPA qui intègre la saisine du *Défenseur des droits* dans le Livre sur les règlements des différends avec l'administration.

En définitive, la réponse à la question originelle est qu'aujourd'hui, oui, l'acte administratif est contrôlable. Si cette question avait un véritable intérêt il y a quelques dizaines d'années, le sens de l'histoire est celui d'une quasi généralisation des actes susceptibles de recours, mouvement accompagnant la tendance croissante de subjectivisation des droits. On observe d'ailleurs la même impulsion en matière de contrôles exercés sur les contrats administratifs ou sur la mise en jeu de la responsabilité de la puissance publique. Pour finir, dire que les actes sont contrôlables est insuffisant : il convient de déterminer, maintenant, si l'évolution du contentieux administratif, notamment, offre au juge administratif les outils nécessaires (statutaires et procéduraux) au service de sa mission et de son office...

## 2/ Le Parlement peut-il contrôler le Président de la République ?

En vertu de l'article 24 de la Constitution du 4 octobre 1958, modifié à l'occasion de la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008, le Parlement vote la loi, contrôle l'action du Gouvernement, fonctions classiquement dévolues, et évalue les politiques publiques, nouvelle fonction consacrée à cette occasion. Il est constant que dans le cadre d'un régime parlementaire, ce qui est le cas du régime de la V<sup>e</sup> République, la fonction de contrôle confiée au Parlement sur l'action de l'exécutif concerne principalement et directement celle du Gouvernement, les relations entre l'institution parlementaire et l'institution présidentielle étant *a priori* empreintes d'un déséquilibre patent dès lors que le pouvoir de dissolution de la chambre basse dont dispose le chef de l'Etat en vertu de l'article 12 de la Constitution ne connaît pas de pouvoir réciproque de nature à offrir au Parlement un quelconque regard sur l'action présidentielle. Cette situation d'asymétrie constitutionnelle se trouve en tout état de cause renforcée par le phénomène de « fait majoritaire » constaté depuis 1962 favorisant ce faisant une présidentialisation croissante du régime, au demeurant renforcée par la révision constitutionnelle du 2 octobre 2000 relative à l'instauration du quinquennat. Par suite, la problématique d'un contrôle du Parlement sur le chef de l'Etat semble revêtir une signification plus prégnante dans le cadre du régime présidentiel que dans celui du régime parlementaire comme l'exemple des Etats-Unis l'atteste, pays dans lequel le Sénat peut notamment s'opposer à la majorité des deux tiers à la ratification d'un traité international par le Président, dans lequel le Président est obligé d'informer le Congrès de la signature d'un traité international et doit informer celui-ci de l'envoi de troupes à l'étranger ou encore, dans lequel la nomination d'un membre de la Cour suprême par le Président est subordonnée à l'accord du Sénat. Le régime de la V<sup>e</sup> République offre toutefois au Parlement différentes modalités de contrôle de l'action présidentielle qu'il s'agisse d'un contrôle politique indirect (I) ou d'un contrôle juridictionnel direct (II).

En premier lieu, la mise en pratique de la responsabilité politique du Gouvernement devant l'Assemblée nationale (article 49 alinéas 1, 2 et 3) et le Sénat (article 49 alinéa 4) permet aux Chambres de procéder à un contrôle de l'action présidentielle par l'entremise d'un contrôle de l'action gouvernementale, la politique initiée par le chef de l'Etat et reprise par le chef de Gouvernement exposant dans ces conditions l'exécutif à une sanction politique prenant la forme d'un engagement de responsabilité et d'une démission du Premier ministre. La pratique de la V<sup>e</sup> République reste bien évidemment pour le moins mesurée dès lors qu'une telle configuration n'est intervenue qu'une fois en 1962, les députés ayant sanctionné l'initiative diligentée par le général de Gaulle d'élection du chef de l'Etat au suffrage universel direct à travers la personne du Premier ministre Georges Pompidou. L'entreprise illustre au demeurant la fragilité de contrôle parlementaire puisqu'à la chute du chef de Gouvernement le 4 octobre 1962 a succédé le 9 octobre suivant la dissolution de l'Assemblée nationale, le général de Gaulle refusant à cet égard la démission du Premier ministre qui fut renommé à l'issue des élections législatives anticipées. Sans provoquer la chute du chef de Gouvernement, il est toutefois certain que le simple dépôt d'une motion de censure par un dixième des députés exprime un acte sinon de contrôle à tout le moins de défiance envers l'exécutif et donc immanquablement envers le chef de l'Etat. En outre, la nouvelle rédaction de l'article 35 de la Constitution, issue de la révision constitutionnelle précitée du 23 juillet 2008, permet également au Parlement d'assurer un contrôle de l'action du chef de l'Etat dans le domaine militaire présenté depuis 1959 comme un « domaine réservé » de celui-ci. Si le texte de la Constitution doit conduire à nuancer, voire à rejeter le principe même d'un monopole présidentiel en la matière, un vote défavorable des Chambres peut toutefois conduire à un retour des troupes françaises engagées dans une opération extérieure remettant ainsi en cause la politique du chef de l'Etat dans la conduite des affaires militaires. Enfin, si le chef de l'Etat conserve un monopole d'appréciation quant à la réunion des conditions de mise en œuvre de l'article 16 de la Constitution ainsi que quant à la durée d'application du régime des pleins pouvoirs, la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 a offert aux parlementaires le pouvoir de saisir le Conseil constitutionnel trente jours, puis soixante jours après le déclenchement de cette « dictature constitutionnelle provisoire » selon la formule de Marcel Prélot afin de vérifier si les conditions ayant présidé à cette initiative sont toujours réunies. Enfin, la réunion du Congrès de l'article 18 alinéa 2 comme de l'article 89 consacre dans une moindre mesure une capacité parlementaire de contrôle de l'action présidentielle. Ainsi, le droit de parole du chef de l'Etat devant les parlementaires réunis à Versailles peut dans une certaine mesure exprimer un contrôle du Parlement sur le Président de la République même si en pratique, les députés et les sénateurs se bornent à écouter celui-ci et dans le cadre du débat éventuellement organisé après son intervention, débat auquel l'intéressé n'assiste au demeurant pas, à exprimer un positionnement politique sans pour autant être en mesure de voter favorablement ou défavorablement à la politique présidentielle venant d'être présentée. Quant au Congrès de l'article 89 de la Constitution réuni à l'occasion d'une révision du texte suprême, les mêmes parlementaires réunis à Versailles peuvent ne pas voter le projet de loi constitutionnelle avancé par le chef de l'Etat, scénario que la V<sup>e</sup> République n'a toutefois jamais connu depuis 1958.

En second lieu, dans le cadre de l'article 68 de la Constitution, tel que révisé par la Loi constitutionnelle du 23 février 2007, le Parlement alors réuni en Haute Cour peut être amené à juger le Président de la République pour des manquements à ses devoirs manifestement incompatible avec l'exercice de son mandat et les destituer. L'appréciation portée sur ce type d'acte ou de comportement devra relever du Parlement formant une Haute Cour (non plus une Haute Cour de Justice par souci de ne pas confondre la compétence de cet organe avec celle d'une juridiction), sous réserve de l'article 53-2 de la Constitution et à l'instar de la procédure américaine de l'« *impeachment* ». Un renforcement de la puissance parlementaire est ce faisant engagé, le Parlement étant amené à se prononcer que sur l'incidence politique des faits reprochés et nullement sur leur caractère pénalement répréhensible. Cet examen reviendrait au juge de droit commun soit immédiatement si le Président est destitué, soit à la fin de ses fonctions dans le cas contraire. Tout au plus, afin d'éviter

l'engagement d'une telle procédure à de pures fins partisans, sont exigés les consentements de la majorité des deux tiers des membres composant l'Assemblée concernée pour renvoyer le Président devant la Haute Cour et la même majorité pour la destitution par la Haute Cour. Toute délégation de vote est interdite et seuls sont recensés les votes favorables à la proposition de réunion de la Haute Cour ou à la destitution. La destitution ainsi prononcée constitue non pas une condamnation de l'homme mais plutôt une mesure de protection de la fonction dont celui-ci a mis la dignité en cause. Si les actes ou les comportements ayant justifié pareille sanction politico-juridictionnelle sont susceptibles de donner lieu à une procédure devant une juridiction ou une autorité administrative, cette dernière pourra être engagée dans les conditions du droit commun dans un délai d'un mois suivant la cessation des fonctions (article 67 alinéa 3), la Haute Cour n'ayant pas eu à se prononcer sur ce sujet. Si lesdits actes ou manquements ne sont pas de nature à donner lieu à de telles poursuites, la destitution restera la seule sanction. En tout état de cause, la Haute Cour ne saurait se prononcer sur la culpabilité du chef de l'Etat, non plus que sur la détermination et l'application d'une peine. ». La transformation de la Haute Cour de Justice en Haute Cour et la disparition de la haute trahison par la révision constitutionnelle de 2007 instaurent dans une certaine mesure une responsabilité politique du Président de la République devant le Parlement dès lors qu'au droit de dissolution de l'Assemblée nationale par le président répondra le pouvoir de destitution du président par le Parlement. La prise en compte de la présidentialisation du régime doit toutefois conduire à considérer comme peu concevable le scénario d'une majorité parlementaire votant une résolution tendant à la déchéance d'un président de la République dont elle se réclame. Seule l'hypothèse d'une situation de cohabitation pourrait conduire une Assemblée à prendre une telle décision contre un Président de la République d'une appartenance politique différente. La procédure refondue ne permettrait alors qu'à l'opposition à l'Assemblée nationale d'accuser le chef de l'Etat sans espoir d'aboutir mais en ne manquant pas d'affaiblir ce dernier.