

Daniel Giltard
Conseiller d'Etat honoraire

LE CONTENTIEUX ADMINISTRATIF ET LA NATURE DES CHOSES

UDK: 342. 9

Izvorni znanstveni rad

Primljeno: 10. 12. 2016.

A - Priroda stvari: odabir upravnosudske politike. Priroda stvari je izraz koji doktrina rabi za opis stanja upravnog spora kojeg odlikuje jasna razlika između spora pune jurisdikcije i spora za ocjenu zakonitosti, diobu ovlasti između uprave i suca, zabrana da sudac u postupku ocjene zakonitosti ide dalje od poništenja. Ova „priroda stvari“ rezultat je odabira upravnosudske politike. Ona je dugo vremena bila dominantan trend, sve do kraja 20. stoljeća, u kojem se rješavanje sporova općenito oslanjalo na to pripada li upravna stvar jednoj ili drugoj velikoj kategoriji sporova. BC- Svrha: Vladavina prava U sporovima koji, uzimajući u obzir prirodu stvari, izgledaju kao da pripadaju sporu pune jurisdikcije, uvijek je postojao dobar razlog zašto sudac nije vršio ovlasti pune jurisdikcije: stručnost predmeta, novi sporovi, sporovi zbog naknada skromnih iznosa. U stvarnosti, radilo se o oportunom odabiru kojeg je opravdavala povijesna težina tužbe za ocjenu zakonitosti, povlaštenog instrumenta u stvaranju i razvoju pravne države. I - Priroda stvari i sudačka dužnost. Važna promjena nastupila je od 1995. kada je zakonodavac povjerio upravnom sucu ovlast da izdaje naloge upravi za izvršenje pravomoćnih odluka. A- Sudačka dužnost. Sudac se navikao uzimati u obzir posljedice svojih odluka o poništenju, provoditi ovlasti koje mu se čine najprilagođenijima za učinkovito rješavanje spora, s obzirom na prirodu stvari. B- Alati prilagođeni prirodi stvari. 1 - Spor pune jurisdikcije predstavlja samo jednu mogućnost. 2 - Poništenje zbog ocjene zakonitosti nadopunjeno definiranjem posljedica. Danas, sudac ima na raspolaganju druge alate u sporu o ocjeni zakonitosti, a ne samo da zamijeni odluku uprave svojom odlukom. Ipak, zajedničko tim alatima je upućivanje podnositelja zahtjeva pred upravu da donese novu odluku. 3 - Oportuni odabir spora pune jurisdikcije. Neki predmeti zahtijevaju prijelaz na spor pune jurisdikcije. U nedavnoj sudskoj praksi možemo razlikovati dvije vrste rješenja koje odgovaraju dvjema različitim situacijama podnositelja zahtjeva. a) Kontrola zakonitosti i nakon toga ispitivanje pravne situacije. b) Samo ispitivanje pravne situacije.

Ključne riječi: *priroda stvari, politika upravnog suda, priroda stvari i sudačka dužnost, alati prilagođeni prirodi stvari*

J'ai découvert le droit administratif l'année – c'était en 1962- où un éminent professeur publiait une célèbre chronique¹, une sorte de fable juridique, dans laquelle il met en scène un membre d'une tribu indienne des rives du Mississipi, un Huron qui enseigne le droit public aux guerriers de sa tribu. Ce Huron juriste, émerveillé par ce qu'il a entendu dire du recours pour excès de pouvoir, est enchanté de venir

¹ *Jean Rivero* : Le Huron au Palais-Royal ou réflexions naïves sur le recours pour excès de pouvoir, Dalloz 1962

au Conseil d'Etat pour étudier cette si belle invention du juge administratif. Mais le professeur qui l'accueille tempère rapidement son enthousiasme en lui rappelant que le juge ne peut pas imposer à l'administration une obligation de faire, ni, à plus forte raison, substituer sa décision à celle qu'il a annulée. Il lui est interdit d'aller au-delà de la pure et simple annulation de l'acte.

Etonnement de notre Huron et question : quel est le texte qui prescrit cette interdiction ? réponse du professeur : «il n'est pas besoin d'un texte lorsque la nature des choses commande»

C'est certes là une réponse volontairement et faussement naïve faite par l'Universitaire à la question de bon sens du Huron, mais elle est une façon de traduire une situation qui a longtemps caractérisé le contentieux de la légalité.

On peut dire, à grands traits, que la méthode de règlement des litiges a, pendant plus d'un siècle, privilégié la nature des choses sur la nature des affaires dans le but de créer et de développer l'Etat de droit et que depuis une vingtaine d'années la réflexion sur l'office du juge conduit à faire une place plus importante à la nature des affaires.

Deux périodes, donc deux parties, que j'intitulerais : première partie, la nature des choses et l'Etat de droit ; seconde partie, la nature des affaires et l'office du juge.

I- LA NATURE DES CHOSES ET L'ETAT DE DROIT

A- La nature des choses : des choix de politique jurisprudentielle

Qu'est-ce donc que cette nature des choses ? «*La nature des choses*», dit notre Huron, «*on peut l'entendre de bien des façons*»

Elle exprime en général une évidence, une réalité dont il faut tenir compte. Par exemple, des auteurs, présentant le droit administratif, écrivent qu'il «*est dans la nature des choses*» qu'un gouvernant croie être investi du pouvoir de décider discrétionnairement de ce qu'est l'intérêt général², un autre auteur analysant dans un ouvrage récent les transformations de ce droit note que notre vieux droit administratif n'a pu résister aux réalités économiques, aux préoccupations marchandes, parce que c'est aujourd'hui la nature des choses³

Toutefois la nature des choses sur laquelle s'interroge le Huron n'est pas une évidence, une réalité extérieure qui s'impose au juge. C'est une façon de qualifier une situation créée par le juge lui-même, par ses choix de politique jurisprudentielle.

La nature des choses, ce fut de considérer comme naturelle la distinction, voire l'opposition, entre les deux grandes catégories de contentieux que sont le plein contentieux et le contentieux de l'excès de pouvoir, de considérer comme naturelle la séparation des pouvoirs de l'administration et ceux du juge, de considérer en

² Prosper Weil et Dominique Pouyaud, *Le droit administratif*, PUF, Que sais-je ?

³ Jacques Caillousse, *L'Etat du droit administratif*, LGDJ

conséquence comme naturelle la limite des pouvoirs du juge de l'excès de pouvoir, qui ne pouvait aller au-delà de l'annulation de la décision attaquée.

La nature des choses ainsi entendue a été la tendance dominante d'une très longue période, des dernières décennies du 19^{ème} jusqu'à la fin du 20^{ème} siècle, où l'on raisonnait par grandes catégories séparées, où le règlement des litiges dépendait, de façon générale, de l'appartenance de la matière à l'une des deux grandes catégories de contentieux.

A côté du recours de plein contentieux (appelé alors contentieux administratif) ouvert en cas de violation d'un droit fondé sur une loi ou un contrat, qui conférait au juge administratif le pouvoir de réformer la décision attaquée, de substituer sa décision à celle de l'administration, a été créé et s'est développé au 19^{ème} siècle le recours pour excès de pouvoir qui ne pouvait avoir d'autre objet que de faire annuler pour illégalité une décision administrative.

Cela peut paraître aujourd'hui un objet bien limité, mais faire admettre par le pouvoir exécutif la censure de ses décisions par le juge ne fut pas toujours chose aisée et ainsi que le souligne un auteur dans une formule sans doute valable sous tous les cieux et à toutes les époques «L'effort du juge a consisté, au cours du 19^{ème} siècle, à créer, à étendre le contentieux de l'annulation dans toute la mesure où la susceptibilité du Pouvoir le permettait»⁴

Le juge ménageait cette susceptibilité en respectant l'indépendance de l'administration. Cette indépendance ne résulte pas d'un texte. C'est le juge administratif lui-même qui s'est imposé de la respecter parce qu'il l'estimait justifiée par la mission d'intérêt général assurée par l'administration. Le juge distinguait ses pouvoirs de ceux de l'administration et s'interdisait d'adresser des ordres ou des injonctions à l'administration.

Ce ne fut pas toujours le cas dans l'histoire de la juridiction administrative, mais lorsque le législateur, en 1872, délègue au Conseil d'Etat la justice jusque-là exercée par le chef de l'Etat, la séparation devient stricte entre les fonctions de justice et d'administration. La justice administrative y perd le pouvoir d'injonction. C'est à la République récemment proclamée qu'il appartient d'ordonner aux ministres d'exécuter la chose jugée par le juge administratif. C'est la période de l'enracinement de la République, de l'idéal républicain. A cette époque, nous dit le commissaire du Gouvernement dans des arrêts de 1906, jamais l'administration, après une proclamation solennelle par le juge du droit du requérant, n'aurait envisagé de se dispenser de délivrer l'autorisation. Aucune résistance en pareil cas ne s'était jamais présentée. Le fait que le juge ne substituait pas sa décision à celle du juge ne faisait pas perdre au citoyen une garantie essentielle⁵ Le juge doit faire confiance à la République, observait alors le vice-président du Conseil d'Etat, Edouard Laferrière,

⁴ André Heilbronner : Recours pour excès de pouvoir et recours de plein contentieux, Dalloz 1953

⁵ Conclusions Romieu, 30 novembre 1906 Jacquin et autres

lui-même fervent défenseur de la République, dans son *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*⁶

La doctrine partageait cette opinion. Il n'y avait jamais refus d'obtempérer, de tirer les conséquences de droit d'un arrêt d'annulation, parfois seulement un manque d'empressement⁷

La politique jurisprudentielle s'inscrit dans un contexte historique, avec le poids des institutions, la force des idées. Or cette période, de la fin du 19^{ème} siècle au début du 20^{ème} siècle, est une période très importante dans l'histoire de notre pays et dans l'histoire de la juridiction administrative. On a dit qu'elle était «le moment républicain en France»⁸, mais ce fut aussi un moment doctrinal⁹, avec une doctrine influente et créative et elle a vu la «re-naissance» du Conseil d'Etat¹⁰. D'où l'importance et la durée des choix jurisprudentiels faits à cette époque.

Choix de refuser de donner des injonctions à l'administration, qui paraissaient alors inutiles, et forte réticence, pour le moins, à exercer le pouvoir de substitution que permet le plein contentieux.

On a le sentiment, en reprenant quelques arrêts marquants, de la seconde moitié du 19^{ème} siècle jusqu'au début du 20^{ème} siècle, période où le recours pour excès de pouvoir s'est affirmé, que, dans des litiges qui paraissaient, eu égard à la nature des affaires, relever du plein contentieux, il y avait toujours une bonne raison de ne pas exercer les pouvoirs de pleine juridiction.

Ce fut le cas de contestations portant sur le refus de reconnaître un droit, par exemple, dans un arrêt de 1867, le droit de chasse ou, dans des arrêts de 1906, le droit pour des commerçants et industriels à la dérogation individuelle à la règle du repos collectif le dimanche¹¹

Dès lors que la loi ne se prononçait pas sur la nature du recours, le juge administratif avait le choix. Le choix fait en faveur du recours pour excès de pouvoir était en réalité un choix en opportunité pour développer le champ de ce recours.

C'est un même choix en opportunité qui a conduit le Conseil d'Etat, par un arrêt de 1912, à admettre la recevabilité du recours pour excès de pouvoir dans un contentieux indemnitaire, qui, en raison de son objet, aurait pu relever du plein contentieux. Le Conseil d'Etat avait été saisi par un fonctionnaire de l'annulation de la décision refusant de lui verser une indemnité prévue par un texte. C'est essentiellement l'intérêt pratique qui a justifié la solution, car le recours pour excès

⁶ Serge Daël, Les métamorphoses de la distinction des contentieux : essai d'une histoire vraisemblable d'un concept évolutif, in *Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle*

⁷ Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public*, 12^{ème} édition, p. 457

⁸ J.F. Spitz, *Le moment républicain en France*, NRF Gallimard, 2005

⁹ La Belle Epoque de la pensée juridique française, Nader Hakim et Fabrice Melleray, in *Le renouveau de la doctrine française*, Dalloz 2009

¹⁰ Bernard Pacteau, *Le Conseil d'Etat et la fondation de la justice administrative française au XIX^{ème} siècle*, PUF, p.183

¹¹ CE 13 mars 1867 Bizet ; CE 30 novembre 1906 Jacquin et autres, précité

de pouvoir, quasiment gratuit, est adapté pour régler des litiges portant souvent sur des sommes minimales¹²

Des auteurs qui ont étudié plus tard, dans la seconde moitié du 20^{ème} siècle, cette distinction entre le recours de plein contentieux et le recours pour excès de pouvoir ont pu noter que dans des matières qui relevaient normalement du plein contentieux selon la distinction traditionnelle, le juge administratif préférait en rester à l'annulation pour excès de pouvoir quand il était confronté à des domaines nouveaux, par exemple le contentieux de la législation économique, pour éviter, de se laisser entraîner dans des appréciations trop délicates¹³

La politique jurisprudentielle tendant à privilégier le recours pour excès de pouvoir dans des litiges qui auraient pu ressortir au plein contentieux a été confirmée plus récemment par les plus hautes formations de jugement du Conseil d'Etat.

On peut citer l'arrêt de 1975¹⁴ par lequel le Conseil d'Etat rattache, en raison de la technicité de la matière, le contentieux des installations nucléaires au contentieux de l'excès de pouvoir, alors que le régime des installations nucléaires est proche de celui des installations classées, qui relève du plein contentieux, ainsi que deux arrêts rendus au début des années 1990 (en mars 1991)¹⁵ qui ont considéré comme des recours pour excès de pouvoir la demande d'annulation d'une sanction pécuniaire prise par un organisme privé chargé d'une mission de service public à l'encontre d'un administré, ainsi que la demande d'annulation de la décision d'un préfet fixant le nombre de vacances dues à un commissaire-enquêteur. Ce sont là des litiges pécuniaires qui auraient pu être classés dans le plein contentieux.

La nature des affaires a été un élément pris en compte pour qualifier les recours de recours pour excès de pouvoir. Dans le premier dossier, c'est la technicité de l'affaire qui aurait rendu délicate la tâche du juge si celui-ci avait entendu se substituer à l'organisme spécialisé (mais la jurisprudence a évolué). Dans le second dossier, l'affaire ne présentait pas de complexité particulière et le plein contentieux était possible, mais les affaires de cette nature portaient sur des sommes peu importantes et le recours pour excès de pouvoir, dispensé de ministère d'avocat, était mieux adapté. .

B - La finalité: l'Etat de droit

La nature des affaires était certes un élément retenu par le juge administratif lorsque le choix était possible entre les deux catégories de contentieux, mais ce choix était avant tout un choix de politique jurisprudentielle. Il était fondé sur

¹² CE 8 mars 1912 Lafage

¹³ André Heilbronner, précité ; Raymond Odent, Contentieux administratif, p.1319

¹⁴ CE, assemblée, 28 février 1975, Herr, Rettig et Boss/ EDF

¹⁵ CE, assemblée, 1er mars 1991, Le Cun, conclusions Mme de Saint-Pulgent ; CE, section, 8 mars 1991, Secrétaire d'Etat auprès du Premier ministre chargé de l'environnement c/ Bodie, conclusions M. Fornacciari

le poids historique du recours pour excès de pouvoir qui a permis de soumettre l'administration au principe de légalité, de faire respecter l'Etat de droit.

Lorsque le plein contentieux est possible, mais n'est pas nécessaire et que, bien entendu, la loi n'a pas qualifié le recours de plein contentieux, il aurait fallu de très solides raisons, nous disent les commissaires du Gouvernement dans les arrêts de mars 1991, pour écarter le recours pour excès de pouvoir, compte tenu du rôle joué par ce recours dans la soumission de l'administration à l'Etat de droit et des garanties qu'il offre.

II - LA NATURE DES AFFAIRES ET L'OFFICE DU JUGE

Cette mission de développer, de garantir l'Etat de droit doit certes être poursuivie, mais le temps était venu à la fin du siècle dernier de répondre aussi à d'autres attentes de la société, à des attentes d'efficacité, d'effectivité, de célérité. Tous nos requérants sont aujourd'hui des Hurons, qui ne se satisfont plus dans le contentieux de la légalité de décisions d'annulation platonique.

La voie du plein contentieux semblait la plus efficiente, puisqu'elle confère au juge le pouvoir de substituer sa décision à celle de l'administration.

Le XXI^{ème} siècle a été annoncé comme celui du juge du plein contentieux¹⁶ et le législateur, notamment sous l'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, est intervenu à de nombreuses reprises, surtout fin des années 1980, début des années 1990, pour qualifier de recours de plein contentieux des contentieux de légalité.

Le législateur paraît plus enclin que le juge administratif à faire basculer des contentieux de légalité dans le plein contentieux.

Cette différence d'approche tient à ce que le législateur raisonne par catégories de litiges et reste dans la logique de la distinction binaire entre l'excès de pouvoir et le plein contentieux, alors que le juge a dépassé cette opposition à la suite d'une évolution qui a modifié la physionomie du contentieux de la légalité.

Cette profonde évolution a pour principale origine la loi du 8 février 1995 qui a conféré au juge administratif de droit commun le pouvoir d'adresser, à la demande des requérants, des injonctions à l'administration en vue d'assurer l'exécution de la chose jugée, notamment des injonctions que l'on appelle préventives, parce qu'elles sont prononcées dans le même jugement qui, à titre principal, se prononce sur le fond de l'affaire.

¹⁶ Bernard Pacteau, Vu de l'intérieur : loi du 30 juin 2000, une réforme exemplaire, Revue française de droit administratif, sept-oct 2000

A - L'office du juge

La loi ne fait certes que consacrer le pouvoir de commandement, l'imperium, nécessaire à l'exécution de la chose jugée, que le juge administratif s'était abstenu d'exercer, mais elle tient une place importante dans l'histoire de la juridiction administrative. Non seulement elle institue un droit au profit du requérant, le juge étant tenu, à la demande de celui-ci, d'identifier les mesures nécessaires impliquées par sa décision, mais surtout elle a créé une dynamique, une réflexion sur l'office du juge.

Le juge a pris l'habitude d'exercer, pour régler un litige, ses pouvoirs de juge de l'excès de pouvoir et ses pouvoirs de plein contentieux, dont fait partie l'injonction légale préventive, et, plus généralement de prendre en compte les conséquences de ses décisions.

La façon de régler un litige ne dépend plus nécessairement de la catégorie du contentieux à laquelle est rattachée la matière. Il n'y a plus le seul choix entre l'excès de pouvoir et le plein contentieux. L'office du juge est de rechercher dans l'éventail de ses pouvoirs de juridiction celui ou ceux qui lui paraissent le mieux adaptés pour régler efficacement le litige eu égard à la nature de l'affaire, entendue sous tous ses aspects aussi bien juridiques, techniques que pratiques.

Dans les litiges mettant en cause la légalité d'une décision administrative, la doctrine estimait que la voie normale demeurerait l'excès de pouvoir, la pleine juridiction étant plutôt adaptée à des contentieux portant sur des qualités ou des droits ou à des contentieux répressifs, mais, précisait-elle, c'est au juge de déplacer le curseur en fonction de sa politique jurisprudentielle¹⁷

Le juge administratif a en effet déplacé ces dernières années le curseur en fonction de sa politique jurisprudentielle.

B - Des outils adaptés à la nature des affaires

1 - Le plein contentieux n'est qu'une option

Le juge n'opte pour la substitution de sa décision à celle de l'administration que si cette substitution lui paraît nécessaire ou opportune.

Alors même que dans une matière le législateur a prévu des recours de plein contentieux, le Conseil d'Etat a, pour des litiges voisins relevant de la même matière, estimé opportun de s'en tenir au recours pour excès de pouvoir.

¹⁷ Bernard Pacteau, Du recours pour excès de pouvoir au recours de pleine juridiction, La Revue administrative, numéro spécial 1999

C'est le cas, par exemple, de litiges concernant des sanctions pour faits de dopage dans le domaine sportif¹⁸ ou de litiges en matière de sûreté nucléaire¹⁹

Dans les contentieux portant sur des sanctions prononcées en matière sportive pour faits de dopage, alors que la loi a qualifié de recours de plein contentieux les recours contre les sanctions prononcées par l'Agence française de lutte contre le dopage, le Conseil d'Etat, saisi d'un recours contre une sanction prononcée par une Fédération sportive, n'a pas estimé nécessaire de se substituer aux fédérations dans l'appréciation du niveau de sanction approprié et a jugé que la contestation de la sanction relevait de l'excès de pouvoir, avec l'exercice du contrôle normal sur la sanction.

De même le Conseil d'Etat a jugé opportun de maintenir le caractère de recours pour excès de pouvoir aux recours formés contre les décisions prises par l'Autorité de sûreté nucléaire dans le cadre de ses pouvoirs de police spéciale des activités nucléaires, alors même que le législateur a qualifié de plein contentieux les recours formés contre d'autres décisions prises en matière nucléaire.

En l'absence de texte qualifiant explicitement un recours de recours de plein contentieux, qui implique le pouvoir de substitution (on dit aussi de réformation), le juge administratif a l'entière liberté, non seulement de qualifier le recours dont il est saisi, mais aussi de choisir ses pouvoirs de juridiction les mieux adaptés pour régler le litige.

Or aujourd'hui le juge a à sa disposition dans le contentieux de la légalité d'autres outils que la substitution de sa décision à celle de l'administration.

2 - L'annulation et la définition des conséquences

Un outil prévu par la loi, l'injonction préventive dont j'ai déjà parlé, mais aussi des outils qu'il a lui-même créés.

Dès 1906, dans les arrêts que j'ai cités concernant le droit à dérogation à la règle du repos dominical, le juge administratif s'est intéressé aux conséquences de ses annulations. Pour mieux préciser les droits des citoyens et les obligations de l'administration, le Conseil d'Etat a, après l'annulation pour excès de pouvoir, renvoyé les requérants devant l'administration, soit, en cas d'illégalité externe, pour qu'il soit statué à nouveau sur la demande, soit, en cas d'illégalité interne, pour la délivrance de l'autorisation à laquelle il a droit.

Cette solution prétorienne du renvoi a été par la suite très peu utilisée, mais elle a été reprise dans les années 2000, avec un effet plus contraignant, par ce que l'on appelle l'injonction prétorienne²⁰, qui consiste pour le juge, de sa propre initiative, à définir précisément dans les motifs du jugement les mesures qui devront être prises

¹⁸ CE 2 mars 2010, Fédération française d'athlétisme

¹⁹ CE 26 janvier 2015, SCP Nodee-Noel-Nodee-Lanzetta

²⁰ Camille Broyelle, De l'injonction légale à l'injonction prétorienne : le retour du juge administrateur, Droit administratif, mars 2004

à la suite de l'annulation de la décision administrative, mesures que le dispositif oblige, avec la même autorité absolue de chose jugée, l'administration à mettre en œuvre. C'est un guide de l'exécution avec pouvoir de commandement.

Ce souci didactique, ce souci de prévenir les contentieux, peut inciter le juge, non pas seulement à indiquer les mesures qui doivent être prises pour régler le litige dont il est saisi, mais, à l'occasion de ce litige, de faire d'abord un point d'ensemble sur la question, de passer en revue toutes les situations juridiques qui peuvent résulter de l'annulation et les solutions adaptées à chaque situation, pour ensuite revenir au litige et prononcer l'injonction qui convient à la situation en cause²¹

Ces méthodes de règlement sont adaptées à la nature de certaines affaires, mais elles ont pour conséquence de renvoyer le requérant devant l'administration, qui va devoir prendre une nouvelle décision. D'où des délais et des risques de contentieux.

3 - Le choix en opportunité du plein contentieux

La nature de certaines affaires ne se satisfait pas de ce mode de règlement et le juge administratif a opté dans certains cas pour un basculement vers le plein contentieux qui lui permet donc de substituer directement sa décision à celle de l'administration.

C'est là une solution efficace, mais nous sommes dans le contentieux de la légalité.

La logique du contrôle de la légalité conduit le juge d'abord à se prononcer sur la légalité de la décision, puis, en cas d'annulation, à procéder à une substitution de décision.

La logique de l'efficacité invite à aller plus loin et à vider le litige sans s'arrêter au constat de l'illégalité.

On rencontre ces deux solutions dans la jurisprudence récente, qui correspondent à deux situations différentes du requérant, selon qu'il est, par rapport à l'acte, défendeur ou demandeur.

a) Le contrôle de la légalité, suivi de l'examen de la situation juridique

Si, comme dans le contentieux fiscal ou le contentieux des sanctions à l'encontre des administrés, l'administration fait usage de ses pouvoirs de puissance publique, si elle est «l'agresseur», il est normal que, pour se défendre, l'administré dispose de toutes les armes, puisse faire valoir tous les moyens de légalité, aussi bien interne qu'externe, dans la mesure où les formes et procédures constituent des garanties substantielles²²

²¹ pour un exemple récent : CE 27 juillet 2015, SARL Média Bonheur

²² Damien Botteghi et Alexandre Lallet : Le plein contentieux et les faux semblants, AJDA 3/ 2011;

Pour prendre l'exemple des sanctions administratives, notamment pécuniaires, prononcées à l'encontre des administrés, c'est la nature de la sanction qui a conduit le juge administratif à opter pour le plein contentieux²³

D'une part, les pouvoirs de plein contentieux permettent au juge de moduler éventuellement la sanction, d'autre part et surtout les sanctions administratives s'apparentent aux sanctions pénales en ce que le principe de l'application immédiate de la loi pénale nouvelle plus douce leur a été étendu par la jurisprudence. Le juge de plein contentieux, après avoir annulé la décision de l'administration, peut prendre une nouvelle décision qui se substitue à la décision administrative annulée. Pour ce faire, il est tenu de prendre en compte la situation de droit et de fait à la date à laquelle il statue et peut ainsi faire bénéficier l'administré d'une loi nouvelle plus douce.

Le juge, dans ces contentieux de légalité, procède en deux étapes : il contrôle d'abord la légalité de la décision administrative, puis, en cas d'annulation, substitue sa décision à celle de l'administration. Il s'attache à la situation juridique de l'intéressé et non pas seulement à la légalité de l'acte.

Mais le juge administratif ne procède pas par catégories de litiges, par exemple la catégorie des sanctions administratives. C'est la nature des affaires qui justifie le règlement par la voie du plein contentieux ou de l'excès de pouvoir. Les sanctions disciplinaires prononcées à l'encontre des fonctionnaires sont d'une nature différente des sanctions administratives infligées à des administrés et relèvent du recours pour excès de pouvoir.

b) Le seul examen de la situation juridique

Il est des cas enfin où la nature de l'affaire conduit le juge, alors que recours est dirigé contre un acte administratif, à ne s'intéresser qu'à la situation juridique du requérant, sans examiner les moyens de légalité externe. La contestation d'éléments formels de la décision est inutile, dès lors que le juge se prononce sur la demande faite à l'administration.

Ce sont des cas où l'administré demande la reconnaissance d'un droit, d'une qualité. Je prendrai l'exemple des demandes de reconnaissance de droits à des prestations sociales, contentieux qui a donné lieu à une évolution jurisprudentielle ces dernières années.

La nature des questions justifie que le juge administratif dispose de pouvoirs excédant ceux d'un juge de l'annulation pour excès de pouvoir. Le Conseil d'Etat a d'abord, en 2010, émis l'avis²⁴ qu'il appartenait au juge, non seulement d'apprécier la légalité de la décision attaquée, mais aussi de se prononcer sur les droits du demandeur. Les moyens tirés des vices propres de la décision étaient

²³ CE, assemblée, 16 février 2009, Société ATOM

²⁴ CE, avis, 7 juillet 2010, Mme Lavie

ainsi opérants. Cette position n'a pas été confirmée et un arrêt de 2012²⁵ a jugé qu'il appartenait au juge, non de se prononcer sur les éventuels vices propres de la décision administrative, mais d'examiner les droits de l'intéressé. Le juge intervient uniquement comme juge des droits, comme juge de la demande.

Ce sont moins des considérations juridiques qui ont justifié l'abandon de la position initiale, qui avait le mérite de combiner la censure formelle de la décision et le règlement au fond du litige, que des réflexions pratiques sur la nature de ces affaires. Ce contentieux abondant concerne un public fragile, en situation de précarité, dans l'attente d'une réponse rapide et définitive du juge. Or c'est actuellement un contentieux de masse et les juges du fond comprenaient mal qu'on leur demande, après avoir censuré une illégalité externe, de statuer sur les droits des demandeurs. La charge de travail du juge du fond est aussi à prendre en compte.

Cette jurisprudence est appliquée dans d'autres natures de litiges (droit à la qualité de réfugié, droit à la qualité de travailleur handicapé, droit à une pension de retraite)

C - L'office du juge et le droit souple

Les affaires dont j'ai parlé jusqu'à maintenant concernent toutes des décisions, c'est-à-dire des actes produisant des effets juridiques, des actes de «droit dur». Or sont apparus, avec les autorités de régulation, des instruments d'action non contraignants, des actes de «droit souple», avis, recommandations, mises en garde, prises de position, qui doivent être soumis au principe de légalité. Le juge administratif a adapté son office à des litiges d'un type nouveau. Par des arrêts récents du 21 mars 2016, le Conseil d'Etat a jugé que les actes de droit souple pouvaient, à certaines conditions, faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir²⁶. C'est là un nouveau et important chapitre du contentieux administratif qui s'ouvre.

En conclusion, on peut dire que l'office que, depuis quelques décennies, le juge de la légalité s'est donné est de régler les litiges efficacement et le plus complètement possible. A cette fin il met en œuvre, de façon pragmatique, ses pouvoirs de juridiction adaptés à la nature des affaires, utilisant, le cas échéant, les divers outils de la pleine juridiction. La nature des affaires est ainsi l'élément central du choix par le juge de tel ou tel outil de technique juridictionnelle, mais, au-delà de la technique, en arrière-plan, il y a les réalités politiques, administratives, économiques, qui, du moins pour certaines, s'imposent, en fonction de l'esprit du temps, comme étant la «nature des choses» et que le juge administratif doit prendre en compte dans sa politique jurisprudentielle. Il en résulte sans doute une jurisprudence complexe, mais, dans son Cours de contentieux administratif, le Président Raymond Odent

²⁵ CE, section, 27 juillet 2012, Mme Houria I... précité ; CE 9 mars 2016 Mme H..., n°381272

²⁶ CE, assemblée, 21 mars 2016, n°368082 et autres, conclusions Suzanne von Coester ; CE, assemblée, même jour, n° 390023, conclusions Vincent Daumas

n'écrivait-il pas que la complexité de la jurisprudence tient pour partie «à la nature même des choses» !²⁷

NATURE OF THINGS AND RULE OF LAW

The nature of things is an expression which doctrine uses to describe the description of the state of administrative dispute which makes a clear distinction between a dispute of full jurisdiction and a dispute for an evaluation of legality, the division of powers between administration and judge, ban on judges in procedures on evaluation of legality that go beyond quashing. This „nature of things“ is the result of the choice of administrative court policy. For a long time, it has been the dominant trend, right up to the end of the 20th century, in which dispute resolution in general relied on whether it belonged to the administrative matter of one or another of the big categories of disputes. Aim: Rule of Law. In disputes which, taking into account the nature of things, look like they belong to full jurisdiction dispute, a good reason has always existed as to why the judge did not execute full jurisdiction powers: subject expertise, new disputes, damages of minor amounts disputes. In reality, it concerned the opportune choice which justified the historical weight of a lawsuit for an evaluation of legality, favourable instrument in the creation and development of a state of law. I. Nature of things and judicial duty. An important change has occurred since 1995 when the legislator gave the administrative judge power to issue court orders to the administration for implementing enforceable decisions. A- Judicial Duty. The judge is used to taking into account the consequences of his/her decisions on quashing, implementing powers which seem most appropriate for effective dispute resolution given the nature of things. B- Tools adapted to the nature of things. 1. Full jurisdiction dispute represents only one possibility. 2. Quashing due to an evaluation of legality completed with the definition of consequences. Today, the judge has at his/her disposal other tools in the dispute on evaluation of legality and not just to change administrative decisions by his/her judgement. However, together with these tools is putting the claimant before administration to reach a new decision. 3. Opportune choice of full jurisdiction dispute. Some subjects demand shifting to full jurisdiction dispute. In recent court practice we can differentiate two types of solutions which match two different types of claimant demand situations. A) Control of legality and after examining the legal situation. B) Only examining the legal situation.

Key words: *nature of things, administrative court policy, nature of things and judicial duty, tools adapted to the nature of things*

²⁷ Raymond Odent, Contentieux administratif, p. 74