

**INSTITUT DE DROIT EUROPEEN
DES DROITS DE L'HOMME**

**CAHIERS DE L'IDEDH
13**

***DIALOGUE DES JUGES
ET
EUROPEANISATION DU DROIT
ADMINISTRATIF***

2012

**Université Montpellier I
Faculté de Droit et de Sciences politiques**

Sous la direction de

Caroline PICHERAL, Professeur de droit public à l'Université
Montpellier I, directrice adjointe de l'IDEDH (EA 3976)

En collaboration avec

Katarzyna BLAY-GRABARCZYK, Maitre de Conférences HDR à
l'Université Montpellier I, IDEDH (EA 3976)

Béatrice PASTRE-BELDA, Maitre de Conférences à l'Université
Montpellier I, IDEDH (EA 3976)

Laure MILANO, Professeur de droit public à l'Université d'Avignon,
Laboratoire Biens, Normes et Contrats (EA 3788)

Carole NIVARD, Maître de conférences à l'Université de Rouen,
CUREJ (Centre Universitaire Rouennais d'Etudes juridiques – EA 4709)

Franck DUPRET, ATER à l'Université Montpellier I, IDEDH (EA
3976)

Laetitia FERMAUD, Docteur de l'Université Montpellier I, CREAM
(Centre de Recherche et d'Etude Administrative de Montpellier – EA 2038)

Gabriela-Adriana RUSU, ATER à l'Université de Perpignan, IDEDH
(EA 3976)

Aurélia SCHAMANECHÉ, ex-ATER à l'Université Montpellier I,
IDEDH (EA 3976)

SOMMAIRE

PROPOS INTRODUCTIFS	p. 7
PARTIE I – LA CONFIGURATION DU DIALOGUE DES JUGES DANS LE CONTEXTE DE L’EUROPEANISATION	P. 19
CHAPITRE I – L’éventualité d’une dimension triangulaire du dialogue	p. 23
CHAPITRE II - La problématique d’une dimension unilatérale du dialogue des juges	p. 89
PARTIE II – LE FONCTIONNEMENT DU DIALOGUE DES JUGES DANS LA PERSPECTIVE DE L’EUROPEANISATION	P. 183
CHAPITRE I – Une réceptivité croissante aux jurisprudences européennes	p. 187
CHAPITRE II – Une autonomie persistante de la jurisprudence administrative	p. 279
PARTIE III – L’APPORT DU DIALOGUE DES JUGES DANS LE PROCESSUS D’EUROPEANISATION	P. 363
CHAPITRE I – Un poids variable dans le degré de l’européanisation	p. 429
CHAPITRE II - Des effets pondérés sur le sens de l’européanisation	p. 469

PROPOS INTRODUCTIFS

Caroline PICHERAL

Corpus d'effet direct dans l'ordre juridique interne, droit d'intégration investi d'une immédiateté intrinsèque, les dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme et le droit foisonnant de l'Union incarnent sans doute le plus « ces droits venus d'ailleurs qui [...] ont pénétré dans le droit français, sans s'y fondre »¹. La place particulière de la Convention tient aux interprétations constructives, à vocation objective² de la Cour de Strasbourg, qui multiplient les points d'interférence possibles avec le droit national. Celle du droit de l'Union vient également pour partie de la Cour de justice, qui officie parfois comme « un constituant d'appoint et un législateur de substitution »³, a non seulement forgé la nature spécifique du droit communautaire mais aussi contribué à sa formation – amplifiant donc à tous égards son impact (rendu

¹ J. Carbonnier, *Droit et passion du droit sous la Vème république*, Flammarion, 1996, pp. 47-48.

² En ce sens que les arrêts rendus servent à « clarifier, sauvegarder et développer les normes de la Convention et à contribuer de la sorte au respect par les Etats des engagements qu'ils ont souscrits » (Cour EDH, 18 janv. 1978, *Irlande c/ Royaume-Uni*, A. 25, § 158) ou pour dire les choses plus clairement encore, à « trancher dans l'intérêt général des questions qui relèvent de l'ordre public, en élevant les normes de protection des droits de l'homme et en étendant la jurisprudence dans ce domaine à l'ensemble des Etats membres » (Cour EDH, 24 juil. 2003, *Karner c/ Autriche*, n° 40016/98, § 26).

³ J. Rideau, « Droit communautaire et droit administratif, la hiérarchie des normes », *AJDA*, n° spécial, juin 1996, p. 6 et s., spéc. p. 17.

déjà quantitativement important par la masse des règlements et des directives). Cette internationalisation des sources du droit ne concerne pas le seul droit administratif mais s'agissant d'un domaine où peut-être « les particularités nationales d'un peuple et d'un Etat s'expriment avec le plus de force »⁴, ses conséquences ont pu y être spécialement ressenties.

Dès le début des années 90, René Chapus évoquait ainsi une possible « dénationalisation du droit administratif »⁵ sous l'emprise, tout particulièrement du droit communautaire. Parallèlement, la prévalence donnée à une vision très largement contentieuse du droit administratif a accru la sensibilité aux retombées éventuelles du droit de la CEDH, pour une part importante tournée vers la défense des droits processuels des individus et donc des administrés (sans compter que par sa nature et son objet, l'instrument conventionnel se trouve en prise directe avec une des branches anciennement les plus développées du droit administratif : le droit des libertés publiques)⁶. Quelques deux décennies plus tard, le bilan des évolutions (contraintes, facultatives ou spontanées) issues des normes européennes confirme que l'« européanisation du droit administratif n'est déjà plus une simple hypothèse scientifique mais une dynamique dont on peut présenter les résultats »⁷. Nombre de recherches collectives ou individuelles s'y sont au

⁴ Pour transposer l'analyse d'Ulrich Scheuner, relevée par Jürgen Schwarze dans la somme qu'il a consacré au droit administratif européen (J. Schwarze, *Droit administratif européen*, Vol. I, Bruylant 1994, p. 102).

⁵ R. Chapus, « L'administration et son juge, ce qui change », *EDCE*, 1992, p. 275.

⁶ V. J.-F. Flauss, « L'influence du droit communautaire sur le droit administratif français – Partie I », *LPA*, 1995, n° 4, p. 4.

⁷ L. Dubouis, « Droit administratif et droit communautaire : deux cultures juridiques », *Mélanges Ardant*, LGDJ, 1999, pp. 443-452, spéc. p. 447.

demeurant employées, depuis 2007 notamment⁸ et si leur plupart se sont concentrées sur la seule influence du droit communautaire, certaines se sont cependant étendues au droit de la Convention européenne des droits de l'homme⁹.

Souvent interrogé¹⁰, d'autant que perçu comme un facteur de remise en cause du droit administratif classique « holiste, valorisant prioritairement la totalité sociale »¹¹, ce phénomène d'eupéanisation ne se développe certes pas de manière uniforme. Comme le relevait le Professeur J.-F. Flauss à propos

⁸ Pour s'en tenir à des travaux appréhendant le sujet dans sa transversalité, v. notamment Actes du colloque « Droit administratif et droit communautaire » organisé à la Sorbonne les 11 et 12 janvier 1996 (*AJDA*, n° spécial, juin 1996, préc.), J.-F. Flauss, « L'influence du droit communautaire sur le droit administratif français- Partie I », préc. et « Partie II », *LPA*, 1995, n° 7, p. 4 ; G. Eckert et a. (dir.), *Incidences du droit communautaire sur le droit public français*, Presses universitaires de Strasbourg, 2007, collection de l'Université de Strasbourg, 460 p. ; J. Dutheil de La Rochère et J.-B. Auby (dir.), *Droit administratif européen*, Bruylant, 2007, 1136 p (une partie de l'ouvrage étant cependant consacré à une appréhension du droit communautaire en tant que droit lui-même administratif) ; J. Sirinelli, *Les transformations du droit administratif par le droit de l'Union*, LGDJ, 2011, coll. Thèses, 636 p. L'intérêt pour la problématique se mesure aussi aux différentes chroniques y relatives (not. « Jurisprudence administrative française intéressant le droit de l'Union », *RTDE* ; « Droit de l'Union européenne et droit administratif français », *RFDA*) ainsi qu'à l'insertion dans les Encyclopédies LexisNexis de fascicules traitant spécifiquement des relations entre « Droit administratif et droit communautaire » (P. Cassia, *Jcl Europe*, fasc. 497, 2009 ; O. Dubos, *Jcl Administratif*, fasc. 24, 2007) ou entre « Droit administratif et Convention européenne des droits de l'homme » (S. Rabiller, *Jcl Administratif*, fasc. 26, 2004).

⁹ J.-B. Auby (dir.), *L'influence du droit européen sur les catégories du droit public*, Dalloz, 2010, coll. Thèmes & commentaires, 990 p.

¹⁰ Outre les références précitées, v. M. Waline, « La boîte de Pandore – Droit administratif et droit communautaire », *Mélanges Dubouis*, Dalloz, 2002, pp. 461-489.

¹¹ F. Melleray, « L'exorbitance du droit administratif en question(s) », *AJDA*, 2003, pp. 1961-1964, spéc. p. 1962.

du droit communautaire, « l'intensité de [ses] répercussions est très inégale. Elle est avant tout fonction de la nature des règles administratives en cause. Très directes et apparentes, en ce qui concerne de nombreux régimes administratifs, les retombées du droit communautaire sont moins marquées s'agissant des théories générales du droit administratif »¹². Encore que la réflexion mériterait peut-être, sur ce point, d'être nuancée et que des travaux se soient justement attachés à « déceler les hypothèses dans lesquelles [le droit européen] vient au contact véritablement des concepts, des catégories intellectuellement structurantes »¹³ de la discipline, on pourrait ajouter que le degré d'imprégnation du droit national varie également selon ses démembrements. En ce sens, il est permis de considérer par exemple la différence d'envergure entre les adaptations suscitées dans le domaine de l'organisation administrative proprement dite¹⁴ (en partie préservée par le principe d'autonomie constitutionnelle des Etats) et celles nécessitées dans le domaine de la fonction publique (exposé à la fois aux implications du principe communautaire de libre circulation, à l'applicabilité des principes et des instruments de la politique sociale européenne et - bien que dans une moindre mesure - à la CEDH). Des gradations se dessinent donc. Pour autant, à l'heure où s'évoque une européanisation des systèmes juridiques des Etats, pris dans leur globalité ou par grande branche¹⁵, le constat se fait

¹² J.-F. Flauss, préc.

¹³ J.-B. Auby, « Avant-propos », in J.-B. Auby (dir.), *L'influence du droit européen sur les catégories du droit public*, op. cit., spéc. p. 2.

¹⁴ Sur ce point, v. H. Oberdorff, « Des incidences de l'Union européenne et des Communautés européennes sur le système administratif français », *RDP*, 1995, pp. 25-49, spéc. pp. 28-33 et du même auteur, *Les institutions administratives*, Sirey, 6^{ème} édition, 2010, coll. Université, spéc. pp. 283-290.

¹⁵ H. Oberdorff, « L'européanisation du droit des Etats membres de l'Union européenne – Réflexions sur une énigme », *Mélanges Manin*, Pedone, 2010, pp. 711-726, spéc. p. 718.

désormais que pratiquement aucun secteur du droit administratif n'échappe à l'influence du droit de l'Union et/ou de la Convention. Suffirait à en attester, si besoin était, la jurisprudence administrative, où abondent les références aux sources européennes.

Après des « phases d'expectative et de crispation » à l'égard du droit communautaire¹⁶, ou des actes d'hermétisme à l'interprétation de la Convention¹⁷, les progrès du « dialogue des juges » constituent ainsi un autre signe des temps.

La question demeure, il est vrai, de ce qu'il faut exactement comprendre par « dialogue des juges »¹⁸. Car non seulement, il

¹⁶ B. Genevois, « L'application du droit communautaire par le Conseil d'Etat », *RFDA*, 2009, p. 201.

¹⁷ Concernant notamment l'applicabilité de l'article 6 §1 CEDH aux juridictions ordinaires, admise par la Cour européenne des droits de l'homme (Cour EDH, 23 juin 1980, *Le Compte, Van Leuven et Meyere*, A. 43, GACEDH, PUF, 6^{ème} éd., 2011, n° 21) mais refusée par. CE, Ass., 11 juil. 1984, *Subrini*, Leb. p. 259, *D.* 1985, p. 150, concl. B. Genevois et CE, Ass. 2 juil. 1993, *Milhaud*, Leb. p. 194, concl. D. Kessler - qui confirment CE, Sect., 27 oct. 1978, *Debout*, Leb. p. 78, concl. Labetoulle - cette situation conflictuelle étant clairement apparue dans l'affaire *Diennet* (CE, 29 oct. 1990 ; Cour EDH, 26 sept. 1995, A.325 A) et ayant pris fin avec l'arrêt *Maubleu* (CE, Ass., 14 fév. 1996, Leb. p. 34, *RFDA*, 1996, p. 1186, concl. Sanson, *AJDA*, 1996, p. 358, chron. L.-H. Stahl et D. Chauvaux, ; *JCP G* 1996, II 22669, note M. Lascombe et D. Vion).

¹⁸ Sur le concept, sa pertinence, ses illustrations, ses modalités, v. not. les *Mélanges offerts en l'honneur du président Genevois*, Dalloz, 2009, 1166 p. (dont le dialogue des juges constitue logiquement le thème central) ; H. Oberdorff et B. Lukaszewicz (dir.), *Le juge administratif et l'Europe – Le dialogue des juges*, Actes du colloque du 50^{ème} anniversaire des tribunaux administratifs, Presses universitaires de Grenoble, 2004, coll. Europa ; F. Lichère, L. Potvin-Solis et A. Raynouard (dir.), *Le dialogue entre les juges européens et nationaux : incantation ou réalité ?*, Actes de la journée d'études organisée le 10 février 2003 à l'Université de Metz, Bruylant-Nemesis, 2004, coll. Droit & Justice ; *Le dialogue des juges*, Actes du

semble clair que sa forme ne saurait être celle d'un « échange direct d'arguments entre ces derniers au cours de l'exercice de leur fonction juridictionnelle »¹⁹ respective, mais la formule du président Genevois a connu par ailleurs un tel succès qu'elle en est devenue presque « insaisissable »²⁰ et confine désormais à « une figure de style sans consistance véritable »²¹ ou en tous cas, sans consistance unanimement admise. A s'en tenir au seul cas de la relation verticale avec les juges européens, d'aucuns tiendront l'idée de dialogue pour un faux-semblant, dissimulant une succession de monologues²² tandis que d'autres y verront la juste désignation d'un procédé de discussion, à tour plus ou moins différés (en fonction de l'existence d'un mécanisme de

colloque organisé le 28 avril 2006 à l'Université libre de Bruxelles, *Les Cahiers de l'Institut d'études sur la justice n° 9*, Bruylant, 2007 ; IDEDH, F. Sudre (dir.), *Le dialogue des juges*, *Cahiers de l'IDEDH n° 11*, Université Montpellier I, 2007, pp. 5-304 ou encore A. Haquet, « Les conditions du dialogue des juges », in *Concurrence des contrôles et rivalité des juges*, Actes du colloque organisé le 18 novembre 2011 à l'Université de Reims, à paraître en 2012.

¹⁹ L. Potvin-Solis, « Le concept de dialogue entre les juges en Europe », in F. Lichère, L. Potvin-Solis et A. Raynouard (dir.), *Le dialogue entre les juges européens et nationaux : incantation ou réalité ?*, op. cit., spéc. p. 26.

²⁰ L. Burgorgue-Larsen, « De l'internationalisation du dialogue des juges - Missive doctrinale à l'attention de Bruno Genevois », *Mélanges Genevois*, op. cit. pp. 95-130, spéc. p. 98.

²¹ F. Sudre, « A propos du 'dialogue des juges' et du contrôle de conventionnalité », *Mélanges Gautron*, Pedone 2004, pp. 207-224, spéc. p. 208.

²² A cet égard, et au risque d'occulter quelques nuances, v. par ex. J.P. Costa, « La Cour européenne des droits de l'homme et le dialogue des juges », in F. Lichère, L. Potvin-Solis et A. Raynouard (dir.), *Le dialogue entre les juges européens et nationaux : incantation ou réalité ?*, op. cit., pp. 153-166, spéc. p. 155 : « ni la Convention européenne des droits de l'homme, ni la jurisprudence de la Cour n'instituent un véritable dialogue [...] L'apparence est celle d'un monologue ».

renvoi préjudiciel²³ ou, en son absence, selon le rythme des recours déferés aux juges sur la même question) ; beaucoup, se fondant sur la possible contradiction au cours d'un échange²⁴, en déduiront un espace d'autonomie pour le juge interne mais nombre résumeront au contraire le dialogue à une reprise nationale et une transposition des solutions dégagées par le juge européen... Sonnant comme un appel à la prise en compte, sans visée hégémonique ni solipsisme, de points de vue autres en vue d'éviter un risque de conflit (les fameuses « contraintes externes »), le concept, sans s'y ramener, renvoie cependant souvent, en définitive, à la question de la portée accordée aux interprétations des Cours de Strasbourg et de Luxembourg dans la jurisprudence nationale²⁵. Aussi cette circonstance conduira-t-elle à prendre ici pour point de départ la définition retenue dans

²³ En soi le renvoi préjudiciel est en effet communément reconnu comme un instrument de dialogue (v. par ex. N. Questiaux, « La collaboration du juge administratif avec un juge international (quelques remarques sur l'application par le Conseil d'Etat français de l'article 177 du traité de Rome) », *Mélanges Stassinopulos*, LGDJ, 1974, pp. 387-395, spéc. p. 387). Il n'en garantit cependant pas l'existence et son usage peut aussi bien constituer lui-même un objet ou un enjeu de dialogue, si l'on considère les applications discutables qui ont été faites de la théorie de l'acte clair ou les résistances à la portée des réponses préjudicielles (CE, Sect., 9 mai 1980, *ONIC*, Leb. p. 220).

²⁴ Sur ce point, v. par ex. L. Burgorgue-Larsen, préc., spéc. p. 97 : « On ne rappellera jamais assez qu'un « dialogue » [...] est avant tout un échange de vues, une discussion, un « *entretien entre deux ou plusieurs personnes* ». Ce faisant, contrairement à une idée reçue, il induit tant l'opposition, la contradiction voire la discorde, que l'accord et la concorde ».

²⁵ Sur le rapport du dialogue des juges avec la notion d'autorité de chose interprétée, v. J. Andriantzimbazovina, *L'autorité des décisions de justice constitutionnelles et européennes sur le juge administratif. Conseil constitutionnel, Cour de justice des Communautés européennes et Cour européenne des droits de l'homme*, LGDJ, 1998, spéc. pp. 441-515 et du même auteur, « L'autorité de la chose interprétée et le dialogue des juges », *Mélanges Genevois*, op. cit., pp. 11-28.

une précédente recherche²⁶, en envisageant le dialogue des juges comme le procédé par lequel le juge interne (en l'occurrence administratif) « entreglose »²⁷ avec l'un ou l'autre des juges européens et se détermine lui-même, par rapport à leur interprétation, sur le sens et les implications d'une norme communautaire ou conventionnelle confrontée à une règle ou une mesure nationale (l'option, à visée méthodologique, étant seulement destinée à cadrer le propos, sans aucune ambition théorique).

A partir de là, la nature des progrès ne prête guère à controverse. Dans un contexte marqué par la multiplicité et l'enchevêtrement des normes applicables - sur la rencontre desquelles plusieurs juridictions peuvent être concurremment amenées à se prononcer-, il devient d'autant plus essentiel de veiller à une certaine cohérence, de ne pas statuer à « horizon fermé ». Dès lors, c'est le degré d'ouverture à la logique européenne qui compte et il semble bien aller croissant, comme le suggère tant le passage du Conseil d'Etat d'une « appréhension hexagonale » à une « vision communautaire » du droit de l'Union²⁸ que l'« accélération de la normalisation » de ses relations avec la Convention européenne des droits de l'homme et son juge, se traduisant entre autres par le « gommage de particularismes inutiles » et des ajustements rapides de jurisprudence²⁹. Si le juge administratif n'a pas

²⁶ K. Grabarczyk, « Dialogue des juges – Eléments d'analyse et propos introductifs », *Cahiers de l'IDEDH* n° 11, préc.

²⁷ Selon un terme de Montaigne, cité par B. Frydman, « Le dialogue international des juges et la perspective idéale d'une justice universelle », in *Le dialogue des juges*, Actes du colloque organisé le 28 avril 2006 à l'Université libre de Bruxelles, op. cit., p. 147.

²⁸ B. Genevois, « L'application du droit communautaire par le Conseil d'Etat », préc.

²⁹ F. Sudre, « Du dialogue des juges à l'euro-compatibilité... », *Mélanges Genevois*, op. cit., pp. 1015-1031.

abandonné la ligne tracée dès 1978 par le Commissaire du gouvernement Labetoulle, consistant à concilier dans l'interprétation de la CEDH deux préoccupations (éviter toute solution qui serait radicalement incompatible avec une jurisprudence européenne mais éviter aussi toute solution qui sur un point marquant serait en rupture avec le droit national³⁰), il a incontestablement fait évoluer leur poids respectif³¹.

Dans ces conditions, un lien s'établit naturellement entre dialogue des juges et européanisation du droit administratif, le premier se percevant en somme comme un facteur, en même temps qu'une manifestation, de la seconde. En fait, cette consubstantialité paraît à ce point acquise qu'elle n'a guère été explorée. Certes, des recherches sur le dialogue des juges traitent de ses illustrations en droit administratif, mais sans nécessairement resituer ses résultats dans le contexte de l'européanisation. Inversement, les travaux sur l'européanisation ne manquent pas, dans les différents domaines étudiés, de citer la jurisprudence pertinente et soulignent à l'occasion le rôle cardinal du juge en termes de pénétration des droits européens³². Mais ils ne s'inscrivent pas pour autant dans une réflexion sur la matérialisation du dialogue. Pourtant, la mise en miroir du procédé et du processus n'est pas sans soulever un certain nombre d'interrogations : impact éventuel de l'européanisation

³⁰ Conclusions sur CE, Sect. 27 oct. 1978, *Debout, Leb.* pp. 395-406, spéc. p. 403.

³¹ B. Genevois, « Le Conseil d'Etat et la Convention européenne des droits de l'homme », *Gaz. Pal.*, 12 juin 2007, n° 163, p. 13.

³² V. J. Dutheil de la Rochère, « Les voies de pénétration du droit européen dans le droit public français – Introduction », in J.-B. Auby (dir.), *L'influence du droit européen sur les catégories du droit public*, op. cit., pp. 15-17, spéc. p. 17 et dans le même ouvrage, M. Guyomar, « Le juge administratif et le droit européen », pp. 87-101, spéc. p. 91).

sur la géométrie du dialogue, mesure dans laquelle ce dernier laisse effectivement place à l'expression de spécificités nationales au cœur de l'eupéanisation, ou encore position du dialogue dans les transformations du droit administratif.

Une analyse croisée semblant se justifier, l'IDEDH a donc entrepris de mettre en évidence, au titre de son programme de recherche sur la *Réception des normes européennes en droit interne*, « les mérites et les limites du dialogue entre les juridictions administratives, la Cour de Strasbourg et la Cour de Luxembourg dans l'adaptation du droit administratif français aux exigences du droit de l'Union et de la Convention », quitte à s'émanciper partiellement de son champ scientifique traditionnel et de la thématique du droit des droits de l'homme. En vue d'apprécier le degré de corrélation réel entre dialogue des juges et eupéanisation, l'objectif poursuivi était alors de dresser une « double échelle », comportant une qualification des interprétations retenues par le juge administratif au regard non seulement de celles des juges européens, mais aussi de leur rapport aux réformes textuelles. Sur le premier point, la vérification du « recul des interprétations neutralisantes, [de] la banalisation des interprétations conformes et [de] l'essor des interprétations constructives »³³ devait plus exactement permettre de juger du degré de manifestation de l'eupéanisation dans le dialogue (en distinguant éventuellement interprétation neutralisante/conciliante, convergente/conforme, commandée/spontanée). Sur le second point, la différenciation des fonctions correctrice, incitative et/ou supplétive de la jurisprudence visait à déterminer le degré de réalisation de l'eupéanisation par le dialogue.

³³ F. Sudre, « A propos du 'dialogue des juges' et du contrôle de conventionnalité », préc., spéc. p. 209.

Pour donner au projet son originalité, le prisme retenu a cependant incité à circonscrire assez étroitement le périmètre de la recherche et trois domaines seulement ont été privilégiés (fonction publique, responsabilité administrative, police administrative). D'abord parce qu'ils ont semblé les plus à mêmes de révéler une influence parallèle de la construction communautaire et de la CEDH ; ensuite parce que l'œuvre du juge national, juge de droit commun des droits européens, y est apparue riche de son poids (par rapport à l'intervention d'autres acteurs) et dans sa forme (avec un contrôle de conventionnalité pesant tant sur la substance des règles nationales que sur leur seule application³⁴). Par la suite, s'y sont ajoutés d'autres objets (touchant au droit de l'urbanisme et de la propriété publique, ou au droit des contrats administratifs), afin d'enrichir ou d'étayer la réflexion. Cependant aucune analyse systématique n'a pu réellement leur être consacrée. Enfin, le service public, essentiellement confronté au droit de l'Union, n'a pas été abordé, sinon de manière ponctuelle ou indirecte. Les travaux, dont les conclusions sont présentées ici sous forme de démonstration collective, ne prétendent donc pas à l'exhaustivité. A la différence d'autres, ils visent encore moins à mesurer ou qualifier en tant que telles les transformations enregistrées par le droit administratif. L'intention est uniquement de proposer une certaine vision du rôle assumé à cet égard par les modes d'échanges jurisprudentiels.

A l'issue de deux années de recherche (de janvier 2010 à juin 2012), y inclus la phase de rédaction, l'hypothèse s'est dégagée en effet d'un dialogue des juges comme élément à la fois de réalisation et de régulation de l'europeanisation. L'idée

³⁴ N. Boulouis, « Le double contrôle de conventionnalité », *RFDA*, 2011, p. 124.

affleure en premier lieu dans l'étude de la configuration du dialogue, à travers l'exploration de son éventuelle dimension triangulaire et la discussion de sa dimension unilatérale (Partie I). Elle se révèle, en deuxième lieu, dans le fonctionnement du dialogue, par le balancement entre réceptivité et autonomie du juge national (Partie II). Elle se cristallise en dernier lieu, avec l'évaluation de l'apport du dialogue, au regard de son poids variable et de ses effets pondérés dans et sur l'eupéanisation (Partie III).

<p style="text-align: center;">PARTIE I LA CONFIGURATION DU DIALOGUE DES JUGES DANS LE CONTEXTE DE L'EUROPEANISATION</p>
--

Envisager le dialogue des juges dans l'eupéanisation du droit administratif français revient à se situer dans un contexte bien spécifique. La première question qui se pose alors est de savoir si, et le cas échéant dans quelle mesure, sa forme même s'en ressent. Plusieurs séries de considérations invitent en effet à interroger son bilatéralisme.

Comme cela a déjà pu être relevé, le dialogue est parfaitement susceptible d'être « tri ou multidimensionnel »³⁵. Or si la matière administrative, dans le système juridique interne, est soumise à la compétence de son propre juge, on sait bien que ce schéma n'interdit pas radicalement l'intervention d'autres ordres de juridiction³⁶. En outre et indépendamment de cette circonstance, il ne saurait être exclu que leur jurisprudence, établie dans l'exercice de leur propre champ de compétence, influe sur la position du Conseil d'Etat à l'égard du droit européen. Enfin, et dans la mesure où elle s'abreuve elle-même

³⁵ L. Burgogue-Larsen, « De l'internationalisation du dialogue des juges - Missive doctrinale à l'attention de Bruno Genevois », *Mélanges Genevois*, Dalloz, 2009, pp. 95-130, spéc. p. 97.

³⁶ En témoignage, pour exemple, dans le domaine de la police des étrangers, le régime de la rétention administrative qui fait concurremment intervenir le juge administratif et le juge de la détention et des libertés.

à deux sources distinctes, l'eupéanisation pourrait tout particulièrement mettre le juge national en situation de statuer au regard à la fois des interprétations données par la Cour de justice et de celles développées par la Cour européenne des droits de l'homme – ainsi qu'il l'a déjà fait en matière de lutte contre le blanchiment des capitaux, à propos du secret professionnel des avocats³⁷ - quitte à devoir alors assurer une sorte de régulation entre leurs implications respectives, de nature différente et éventuellement conflictuelle.

Dans le même temps, cependant, l'eupéanisation est évocatrice surtout du pouvoir « transformant » des droits européens ; elle suggère en soi une influence à sens unique. Aussi le phénomène renvoie-t-il d'autant plus au débat sur la réalité du dialogue, comme moyen pour le juge national de faire entendre sa propre conception des exigences européennes et de contribuer à en orienter l'interprétation « authentique » (ce qui intéresse encore, quoique d'une autre manière, les vertus régulatrices du procédé, tout en éclairant sur sa disposition dans la réalisation de l'eupéanisation).

³⁷ CE, sect., 10 avr. 2008, *Conseil national des barreaux et autres*, n° 296945, Leb. ; *RFDA*, 2008, p. 575, concl. M. Guyomar ; *ibid.*, p. 711, obs. H. Labayle et R. Mehdi ; *AJDA* 2008, p. 1085, chron. J. Boucher et B. Bourgeois-Machureau. CE 14 oct. 2011, *Ordre des avocats au barreau de Paris*, n° 332126, Lebon T., *RFDA*, 2012, p. 377, « Chron. De droit administratif et droit de l'Union européenne », obs. L. Clément-Wilz. Dans les deux cas, le Conseil d'Etat a non seulement constaté la validité d'une directive communautaire au regard de l'article 6§1 CEDH en application de la réponse préjudicielle fournie à cet égard par le Cour de justice (CJCE, gde ch., 26 juin 2007, *Ordre des barreaux francophones et germanophones et autres c. Conseil*, aff. C-505/05, p. I-5305, *AJDA*, 2007, p. 2248, chron. E. Broussy, F. Donnat et C. Lambert, *D.* 2008, 944, obs. B. Blanchard, *Rev. Sc. Crim.*, 2008, p. 168, obs. L. Idot) mais il s'est également prononcé, dans le silence du juge communautaire sur ce point, au regard de l'article 8 CEDH (conformément à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme qui en affirme l'applicabilité aux locaux professionnels).

Pour toutes ces raisons, il paraît donc nécessaire de s'attacher plus attentivement à l'éventualité d'une dimension triangulaire du dialogue (chapitre I) et à la problématique de sa dimension unilatérale (chapitre II).

CHAPITRE I

L'EVENTUALITE D'UNE DIMENSION TRIANGULAIRE DU DIALOGUE

Franck DUPRET

Que le droit administratif soit exposé aussi bien à l'influence du droit de l'Union que du droit de la Convention est un fait indiscutable. Il n'en résulte cependant pas mécaniquement que le juge administratif soit alors conduit à dialoguer simultanément avec les deux juges européens, ni qu'il constitue leur interlocuteur exclusif en matière administrative. Vérifier l'éventualité d'une dimension triangulaire du dialogue nécessite donc d'abord de cerner les cas où le juge administratif est susceptible d'être confronté à deux interprétations européennes concurrentes (Section 1) pour ensuite examiner comment face à une jurisprudence européenne, le juge administratif peut être conduit à dialoguer au sein même de son ordre juridique national (Section 2).

SECTION I – DE LA CONCURRENCE DES JURISPRUDENCES EUROPEENNES IMPLIQUANT LE CHAMP DU DROIT ADMINISTRATIF

Le bilan des jurisprudences européennes intéressant le droit administratif semble réfuter l'hypothèse d'une relation triangulaire parfaite. D'une manière générale, le juge national ne se voit confronté concrètement qu'à un seul juge européen, dans la mesure où les Cours de Luxembourg et de Strasbourg ne sont pas saisies des mêmes thématiques du droit administratif, ou en

tous cas, ne les appréhendent au même niveau. Au mieux, leurs jurisprudences peuvent-elles alors agir en parallèle, dans un même champ mais sur des objets distincts. Aussi l'image se dessine d'une appréhension largement dissymétrique de la matière administrative (Paragraphe 1), ce constat relativisant donc les risques de conflits auxquels pourrait être confronté le juge administratif, en tant que juge de droit commun du droit UE et de la CEDH, en cas de divergences des jurisprudences européennes. Finalement ne n'est que de manière résiduelle qu'apparaissent de véritables points de jonction, principalement dans le domaine du droit des étrangers (Paragraphe 2).

§ I – UNE APPREHENSION LARGEMENT DISSYMETRIQUE DE LA MATIERE ADMINISTRATIVE PAR LES JUGES EUROPEENS

Cette dissymétrie se manifeste tant, dans un champ donné du droit administratif, par l'incidence unique soit de la jurisprudence communautaire, soit de la jurisprudence européenne des droits de l'homme – qui sans être exclusives l'une de l'autre par principe, se révèlent alors alternatives (A) que par leur incidence distincte, sur des aspects différents de la matière (B).

A – Des matières concrètement appréhendées par un seul juge européen

L'appréhension d'une matière du droit administratif uniquement par l'un des juges européens s'explique sans doute par la nature du domaine concerné. Ainsi, si certains sont relatifs à des enjeux essentiellement économiques (favorisant par là-même l'intervention du juge de l'Union), d'autres, plus sensibles pour les droits fondamentaux, matérialiseront plus aisément la compétence du juge conventionnel. Certes, il ne faudrait pas ignorer que potentiellement, les deux juridictions européennes

auraient pu néanmoins être amenées à statuer. Mais il reste que cette double incidence ne s'est jamais – ou pas encore – concrétisée, du moins dans le champ de la présente recherche. C'est ici le cas de certaines polices administratives spéciales qui retiendra notre attention.

Une première illustration est fournie par la police des publications étrangères, instaurée par le Décret-loi du 29 juillet 1939 qui avait procédé à la modification de l'article 14 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse. Par ce régime, l'administration française se réservait le droit de refuser l'entrée et la diffusion sur le territoire national de certains ouvrages et revues étrangers. Or, d'évidence, une telle mesure de police porte atteinte directement à la liberté d'expression telle que protégée par l'article 10 de la CEDH, ainsi que la Cour européenne des droits de l'homme a pu en juger dans le célèbre arrêt *Ekin*¹. Dans ce contexte, ce sont donc les modalités d'exercice de cette police qui contreviennent aux exigences conventionnelles, voire son existence même - la Cour de Strasbourg soulignant que la réglementation française «*semble heurter de front le libellé même du paragraphe 1 de l'article 10 de la Convention, selon lequel les droits qui y sont reconnus valent « sans considération de frontière ».*»² Bien sûr, il aurait été envisageable que le juge de l'Union se saisisse également de cette question, sous l'angle du marché intérieur, et plus précisément sous l'angle de la libre circulation des marchandises et de l'interdiction des mesures d'effet équivalent à des restrictions quantitatives (MEERQ). En effet, la législation française ne précisait absolument pas le champ du régime de

¹ CEDH, 17 juillet 2001, *Association Ekin c. France*, req. 39288/98. Pour les développements en droit national, v.infra G. Rusu, Partie II, chap. 1, spéc. p. 190 et s.

² *Ibid.*, §62

police, ce dernier étant donc susceptible de s'appliquer également aux livres légalement produits ou importés dans un autre Etat membre. Or la Cour de justice a déjà jugé que les productions littéraires sont considérés comme des marchandises et par conséquent qu'elles entrent dans le champ de l'article 34 TFUE³. Par suite, la réglementation française qui était par nature discriminatoire constituait inévitablement une MEERQ au sens de la jurisprudence de la Cour de justice et il n'est pas bien certain, eu égard à la latitude ouverte à l'autorité de police et à la rigueur du test communautaire de proportionnalité, qu'elle aurait pu être justifiée en tant que telle, sur le fondement de l'article 36, au titre des besoins de l'ordre public et de la sécurité publique. Mais en tout état de cause, cette appréhension conjointe ne s'étant jamais matérialisée avant l'abrogation du décret-loi litigieux, la police des publications étrangères n'a été soumise qu'à une influence unique.

Il en va de même – du moins pour l'instant - de la police du jeu, domaine du droit administratif qui recoupe des réalités et des régimes juridiques variés touchant aussi bien la question de l'implantation des casinos que celle des loteries ou encore des paris sportifs. D'une manière générale, cette police s'articule autour de systèmes d'autorisation préalable et d'octroi de droits exclusifs au profit d'un opérateur déterminé. Elle vient donc réguler et encadrer un ensemble d'activités qui ne constituent pas en tant que telles des droits fondamentaux mais dont les implications s'avèrent essentiellement économiques. Or cette fonction d'encadrement par le biais des mécanismes d'autorisation génère inévitablement un phénomène de

³ V. not. CJCE, 10 janvier 1985, *Association des Centres distributeurs Édouard Leclerc et autres contre SARL "Au blé vert" et autres*, aff. 299/83 et CJCE, 30 avril 2009, *Fachverband der Buch- und Medienwirtschaft contre LIBRO Handelsgesellschaft mbH*, aff. C-537/07.

cloisonnement des marchés nationaux des jeux de hasard et d'argent, susceptible d'entraver la libre prestation de service et la liberté d'établissement au sein du Marché intérieur. Il était dès lors inévitable que de tels régimes, présents dans de nombreux Etats membres, soient soumis à la Cour de justice - qu'il s'agisse de loteries⁴, de jeux de hasard tels que les machines à sous⁵, ou encore de l'organisation de partis sportifs⁶ y compris sur internet⁷ - afin de déterminer dans quelle mesure ils étaient susceptibles de se justifier par des raisons impérieuses d'intérêt général ou des considérations d'ordre public⁸. La réglementation française elle-même a finalement suscité une question préjudicielle. A priori, il semblerait plus difficile d'envisager une

⁴ CJCE, 24 mars 1994, *Her Majesty's Customs and Excise contre Gerhart Schindler et Jörg Schindler*, aff. C-275/92, rec. I-1039

⁵ CJCE, 21 septembre 1999, *Markku Juhani Läärä, Cotswold Microsystems Ltd et Oy Transatlantic Software Ltd contre Kihlakunnansyöttäjä (Jyväskylä) et Suomen valtio (Etat finlandais)*, aff. C-124/97, rec. I-6067 ; CJCE, 9 septembre 2010, *Procédure pénale contre Ernst Engelmann*, aff. C-64/08 ;

⁶ CJCE, 21 octobre 1999, *Questore di Verona contre Diego Zenatti*, aff. C-67/98, rec. I-7289 ; CJCE, 6 mars 2007, *Procédures pénales contre Massimiliano Placanica, Christian Palazzese et Angelo Sorricchio*, aff. jtes. C-338/04, C-359/04 et C-360/04, rec. I-1891

⁷ CJCE, 6 novembre 2003, *Procédure pénale contre Piergiorgio Gambelli et autres*, aff. C-243/01, rec. I-13031 ; CJCE, 8 septembre 2009, *Liga Portuguesa de Futebol Profissional et Bwin International Ltd contre Departamento de Jogos da Santa Casa da Misericórdia de Lisboa*, aff. C-42/07, rec. I-7633 ; CJCE, 3 juin 2010, *Sporting Exchange Ltd contre Minister van Justitie*, aff. C-203/08, rec. I-4695 ; CJCE, 8 septembre 2010, *Carmen Media Group Ltd contre Land Schleswig-Holstein et Innenminister des Landes Schleswig-Holstein*, aff. C-46/08 . CJCE, 30 juin 2011, *Zeturf Ltd contre Premier ministre*, aff. C-212/08 . CJCE, 15 septembre 2011, *Procédure pénale contre Jochen Dickinger et Franz Ömer*, aff. C-347/09

⁸ A cet égard, la Cour de justice admet désormais, après une jurisprudence quelque peu hésitante, que les Etats membres puissent justifier leur pouvoir de police dans ce domaine, au motif de la lutte contre la fraude et la criminalité notamment.

quelconque intervention de la Cour européenne des droits de l'homme, en ce domaine éminemment économique, y compris sous l'angle du droit de propriété. Une incidence conventionnelle pourrait néanmoins se concevoir pour l'avenir, au titre du droit à un procès équitable, législateur français ayant institué une nouvelle autorité administrative indépendante chargée de réguler le marché nouvellement libéralisée des paris sportifs sur internet (l'Autorité de régulation des jeux en lignes ou ARJEL)⁹. Or, la Cour EDH a déjà été saisie d'une requête en violation de l'article 6 §1 au regard de la composition de l'autorité britannique de régulation de ce même secteur¹⁰. L'éventualité ne saurait donc être écartée qu'elle soit à terme amenée à statuer dans le domaine de la police française des jeux. Mais à la différence du problème soulevé au regard du droit de l'Union, ce n'est pas l'existence de la police en tant que telle qui se verrait alors discutée. Par conséquent, l'influence des juges européens demeurerait dissymétrique parce que fondée sur une appréhension distincte de la matière.

B – Des matières distinctement appréhendées par les deux juges européens

L'appréhension par les juges européens d'une même matière du droit administratif ne signifie pas pour autant que leurs jurisprudences se croisent véritablement. Certes les Cours européennes ont pu – du moins un temps – partager une même définition d'une notion de droit administratif, en l'occurrence la notion de fonction publique. Mais les finalités dans l'utilisation de cette approche commune n'en demeureraient pas moins

⁹ Loi n° 2010-476 du 12 mai 2010 relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne

¹⁰ CEDH, gr. ch., *Kingsley c. Royaume-Uni*, req. 35605/97

fondamentalement différentes, témoignant par là-même d'une véritable distinction téléologique (1). En sus, l'incidence des juges européens sur un même pan du droit administratif intervient bien souvent à des niveaux distincts, les mêmes aspects du domaine n'étant pas soumis à une influence commune. Il s'agit là de distinction d'ordre matériel (2).

1 – Une distinction d'ordre téléologique déterminante

Invitée à donner une définition de la notion d'emploi dans l'administration publique, inscrite à l'article 51 TFUE, la Cour de Justice en a fait relever seulement les emplois qui « *comportent une participation directe ou indirecte à l'exercice de la puissance publique et aux fonctions qui ont pour objet la sauvegarde des intérêts généraux de l'Etat et des autres collectivités locales* »¹¹. La Cour européenne avait initialement repris cette définition, transcrivant ainsi l'approche fonctionnelle de son homologue luxembourgeois. Elle estime ainsi explicitement à partir de l'affaire Pellegrin que « *sont seuls soustraits au champ d'application de l'article 6 § 1 de la Convention les litiges des agents publics dont l'emploi est caractéristique des activités spécifiques de l'administration publique dans la mesure où celle-ci agit comme détentrice de la puissance publique chargée de la sauvegarde des intérêts généraux de l'Etat ou des autres collectivités publiques (...). En pratique, la Cour examinera, dans chaque cas, si l'emploi du requérant implique – compte tenu de la nature des fonctions et des responsabilités qu'il comporte – une participation directe ou indirecte à l'exercice de la puissance publique et aux fonctions visant à sauvegarder les intérêts généraux de l'Etat ou des autres collectivités publiques. Ce faisant, la Cour aura*

¹¹ CJCE, 17 décembre 1980, *Commission c/ Belgique*, aff. 149/79, pt. 7; CJCE, 16 juin 1987, *Commission c/ Italie*, aff. 225/85, pt. 9.

égard, à titre indicatif, aux catégories d'activités et aux emplois énumérés par la Commission européenne dans sa communication du 18 mars 1988 et par la Cour de justice des Communautés européennes »¹² On retrouve bien ici la définition restrictive initiée par le juge de l'Union qui consiste à n'admettre la spécificité de la fonction publique que pour les emplois strictement liés à l'intérêt général et à la puissance publique.

Malgré tout, cette convergence de principe doit être relativisée au regard des fins poursuivies, les deux ordres juridictionnels divergeant fondamentalement sur ce point. L'intérêt pour la Cour de justice de restreindre autant la notion d'emploi dans l'administration publique tient à sa volonté de garantir le plein effet des dispositions afférentes à la libre circulation. En l'occurrence, la réserve posée par le Traité en matière de fonction publique se devait d'être d'interprétation stricte en ce qu'elle limitait fortement le champ de la libre circulation des travailleurs. Or la Cour EDH ne se situe absolument pas dans la même perspective, la question se posant sur le terrain du droit à un procès équitable tel que prévu par l'article 6 CEDH pour en délimiter le champ d'application. La première conséquence en est des répercussions très inégales des critères fonctionnels communautaire et conventionnel en droit interne, l'un touchant à la question de l'accès à la fonction publique (qui s'en est trouvé profondément renouvelée), l'autre aux droits procéduraux des fonctionnaires (qui n'ont pas été fondamentalement bouleversés)¹³. Mais la seconde conséquence a été l'abandon de la jurisprudence *Pellegrin*, en droit de la Convention. Car s'il convenait «*de saluer la logique*

¹² CEDH, 8 décembre 1999, *Pellegrin*, req. n° 28541/95

¹³ V. infra C. Picheral, Partie III, chap 1, spéc. p. 375 et s. (pour les répercussions du droit communautaire) et K. Blay-Grabarczyk. Partie III, chap 1, spéc. p. 460 et s. (pour les répercussions de l'article 6§1 CEDH).

d'harmonisation conceptuelle entre les deux droits européens dans laquelle s'inscrit la Cour de Strasbourg (...) », il était malgré tout « *concevable de douter de la pertinence de transposition pratiquée par la Cour* »¹⁴ - d'abord parce qu'elle jouait finalement à rebours de la logique de promotion et d'extension des droits garantis par la CEDH ; ensuite parce que l'application du critère fonctionnel pouvait être source d'insécurité dans le contentieux conventionnel. L'emprunt du juge EDH au juge de l'Union s'est ainsi révélé très rapidement inapproprié¹⁵ et a nécessité une nouvelle approche de l'applicabilité de l'article 6§1 au contentieux de la fonction publique¹⁶. A ce titre, la Cour européenne resserre donc

¹⁴ J-F Flauss, « Actualité de la CEDH », *AJDA*, 2000, p. 526. M. le Professeur Sudre a pareillement relevé cette contrariété en soulignant immédiatement qu'il est permis de s'interroger « *sur la pertinence de la distinction entre fonctionnaires d'autorité et fonctionnaires de gestion - utilisée dans le cadre communautaire pour définir les exceptions à la libre circulation des personnes - lorsqu'il s'agit de déterminer les garanties procédurales applicables aux agents publics.* » (F. Sudre, *Chronique de Droit de la CEDH, JCP G.*, n°5, 2 février 2000, I 203).

¹⁵ En ce sens, v. CEDH, dec. d'irr., 11 juillet 2000, *Kepka c. Pologne*, req. 31439/96 et 35123/97 où la requête d'un lieutenant membre du corps polonais des sapeurs pompiers est rejeté au motif que ce corps de fonctionnaire « *fait partie des forces de maintien de la sécurité publique* » et qu'en application du critère fonctionnel de Pellegrin, il ne peut bénéficier des garanties inhérentes à l'article 6. Or ce dernier exerçait une activité d'enseignement à l'école nationale supérieure des sapeurs-pompiers, activité dont il est permis de douter qu'elle comporte une participation directe ou indirecte à l'exercice de la puissance publique. Cette jurisprudence témoigne ainsi parfaitement que « *le critère fonctionnel connaît ses propres imperfections ; il peut être délicat de définir les tâches propres à la puissance publique et la part directe qu'y prend le requérant.* » (J. Cavallini, obs. sous CEDH, 19 avril 2007, Vilho Eskelinen, *JCP S.*, n° 23, 5 juin 2007, 1447).

¹⁶ CEDH, 19 avril 2007, *Vilho Eskelinen*, req. 63235/00 (F. Sudre, *JCP G.*, n° 36, 5 septembre 2007, I 182)

désormais son analyse : le bénéfice des garanties du droit à un procès équitable est reconnu à l'ensemble des fonctionnaires sauf si deux conditions sont remplies. Tout d'abord, « *le droit interne de l'État concerné doit avoir expressément exclu l'accès à un tribunal s'agissant du poste ou de la catégorie de salariés en question.* »¹⁷. Ensuite, le gouvernement défendeur doit encore prouver que « *cette dérogation [repose] sur des motifs objectifs liés à l'intérêt de l'Etat* » et à ce titre justifier que « *l'objet du litige est lié à l'exercice de l'autorité étatique ou remet en cause le lien spécial de confiance et de loyauté entre l'intéressé et l'Etat employeur* »¹⁸. Ainsi le renvoi à la législation nationale se couple à une seconde condition, « *qui permet à la Cour de reprendre la main* » et qui « *écarter le caractère décisif du critère de la participation à l'exercice de la puissance publique* »¹⁹.

2 – Une distinction d'ordre matériel confirmée

Matériellement, il est devenu évident aujourd'hui que les deux juges européens ont bien eu une influence sur le droit de la fonction publique française. Pour autant, une analyse plus détaillée permet de constater que les jurisprudences européennes sont intervenues constamment à des niveaux différents de la matière (a). Il en va de même dans le cadre de la police de la chasse où les juridictions supranationales, bien que présentes toute deux sur ce même segment du droit administratif, ne se croisent jamais véritablement (b).

¹⁷ Ibid. §62

¹⁸ Bis Ibidem

¹⁹ F. Sudre, *JCP G.*, n° 36, 5 septembre 2007, I 182.

a) La fonction publique

Tandis que la jurisprudence du juge de l'Union a eu une incidence fondamentale s'agissant des conditions d'accès à la fonction publique, celle du juge européen des droits de l'homme n'en a eu aucune sur ce point. La raison en est, comme le signifie très clairement la Cour de Strasbourg dans l'arrêt Vogt, que « *le droit d'accès à la fonction publique a été délibérément omis de la Convention. Le refus de nommer quelqu'un fonctionnaire ne saurait donc fonder en soi une plainte sur le terrain de la Convention* »²⁰. Au contraire, la consécration de la libre circulation des travailleurs offre au juge de l'Union un solide fondement pour appréhender l'accès au corps de la fonction publique, d'autant que la réserve excluant les « *emplois dans l'administration publique* » de son champ²¹ a été très strictement entendue (cf. supra).

Une distinction s'imposant en conséquence entre les emplois qui correspondent à des fonctions typiques de l'administration et ceux qui n'y sont pas assimilables, la fonction publique française a nécessairement subi un phénomène d'ouverture aux citoyens européens au titre de l'interdiction des discriminations en fonction de la nationalité, « *chaque Etat membre [se voyant empêché] de perpétuer une règle nationale séculaire : l'exclusion des étrangers*

²⁰ CEDH, gr. ch., 26 septembre 1995, *Vogt c/ Allemagne*, req. 17851/91, A 323, § 43. Certes la Cour a ultérieurement modulé cette affirmation de principe (v. not. CEDH, dec., 22 novembre 2001, *Volkmer c/ Allemagne*, req. 39799/99 ; CEDH, 20 octobre 2009, *Lombardi Vallauri c/ Italie*, req. 39128/05) mais semble-t-il uniquement lorsque le requérant est déjà intégré, quelque soit la nature du contrat, dans la fonction publique nationale. En d'autres termes, l'accès entendu comme la première intégration au corps des fonctionnaires demeure hors du champ conventionnel.

²¹ Article 45 §4 TFUE

(communautaires ou non) de tout emploi public »²². Mais l'emprise du droit communautaire en la matière s'est encore trouvée accentuée par l'interdiction des discriminations, non seulement directes, mais aussi indirectes, c'est à dire de « toutes formes dissimulées de discrimination qui par application d'autres critères de distinction aboutissent en fait au même résultat »²³. En effet, dans la mesure où « la possession d'une nationalité déterminée pourra encore constituer un obstacle rédhibitoire parce que déguisée sous la forme d'une exigence de diplôme national, de celle d'une expérience professionnelle acquise sur le territoire national ou encore de celle d'une connaissance approfondie de la langue de l'Etat d'accueil »²⁴, c'est toute la thématique générale de la reconnaissance mutuelle des diplômes et des qualifications²⁵ qui s'est invitée en droit

²² G. Alberton, « L'ouverture de la fonction publique française aux ressortissants de la Communauté européenne entre exigences communautaires et reconnaissance nationale », *RFDA*, 2003, p. 1194. V. également not. L. Dubouis, « L'influence de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes sur l'ouverture de la fonction publique française en cours de carrière », *RFDA*, 1998, p. 106 ; T. Larzul, « Droit communautaire et fonction publique », *AJDA*, 1996, p. 28 ; X. Prétot, « L'accès aux emplois publics des ressortissants des Etats membres de la CEE », *D.*1992, p. 67 ; M.-F. Christophe-Tchakaloff, « Fonction publique et droit communautaire », *AJFP*, 2001, p. 4

²³ CJCE, 15 février 1974, *Sotgiu*, aff. 152/73, rec. 162, pt. 11

²⁴ G. Alberton, « L'ouverture de la fonction publique française aux ressortissants de la Communauté européenne entre exigences communautaires et reconnaissance nationale », préc.

²⁵ Rappelons simplement que les Traités invitent dès l'origine le législateur européen à arrêter « des directives visant à la reconnaissance mutuelle des diplômes, certificats et autres titres (...) » (Article 53 TFUE). Sur ce fondement, et en dehors des mécanismes sectoriels, a été adoptée la directive 89/48/CEE du Conseil du 21 décembre 1988 relative à un système général de reconnaissance des diplômes d'enseignement supérieur qui sanctionnent des formations professionnelles d'une durée minimale de trois ans (JO L 19 du 24.1.1989, p. 16-23) et de la directive 92/51/CEE du Conseil, du 18 juin

français de la fonction publique, y compris pour les accès en cours de carrière.

En la matière, la Cour de justice a lourdement et doublement pesé. Premièrement, elle a étendu le champ des Directives 89/48 et 92/51²⁶, qui permettaient à un travailleur européen de faire valoir l'équivalence de ses qualifications lorsqu'elles sont une condition d'accès à une profession. Leur applicabilité, tributaire de l'identification d'une profession ou activité professionnelle réglementée, était rendue incertaine dans le cas de la fonction publique où « *le recrutement dans la grande majorité des corps et cadres d'emplois de notre fonction publique n'est pas subordonné à « la possession d'un diplôme spécifique indispensable à l'exercice de la profession concernée » (...) mais à celle d' «un diplôme sanctionnant un certain niveau d'études »* »²⁷. Il sera mis fin à ce débat²⁸ au travers de la

1992, relative à un deuxième système général de reconnaissance des formations professionnelles, qui complète la directive 89/48/CEE (JO L 209 du 24.7.1992, p. 25–45). En tout état de cause, l'ensemble du droit dérivé antérieur, à l'exception des normes applicables à la profession d'avocat, sont aujourd'hui abrogés et fusionnés au sein d'un texte unique, la directive 2005/36/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 septembre 2005 relative à la reconnaissance des qualifications professionnelles (JO L 255 du 30.9.2005, p. 22–142).

²⁶ Directive 89/48/CEE du Conseil du 21 décembre 1988 relative à un système général de reconnaissance des diplômes d'enseignement supérieur qui sanctionnent des formations professionnelles d'une durée minimale de trois ans, JO L 19 du 24.1.1989, p. 16–23 et Directive 92/51/CEE du Conseil, du 18 juin 1992, relative à un deuxième système général de reconnaissance des formations professionnelles, qui complète la directive 89/48/CEE, JO L 209 du 24.7.1992, p. 25–45. V. à ce sujet J. Pertek, « Reconnaissance des diplômes et ouverture des emplois publics aux ressortissants communautaires », *AJDA*, 1991, p. 680.

²⁷ G. Alberton,, « L'ouverture de la fonction publique française aux ressortissants de la Communauté européenne entre exigences communautaires et reconnaissance nationale », *RFDA*, 2003, p. 1194

très célèbre jurisprudence *Burbaud*²⁹ jugeant en faveur de l'application des directives au corps des fonctionnaires recrutés par concours d'entrée à une grande école. En conséquence, l'administration française doit désormais vérifier « *si un titre obtenu dans un autre État membre par un ressortissant d'un État membre voulant exercer une profession réglementée dans l'État membre d'accueil peut être qualifié de diplôme au sens de cette disposition et, si tel est le cas, d'examiner dans quelle mesure les formations sanctionnées par ces diplômes sont comparables en ce qui concerne tant leur durée que les matières qu'elles couvrent* »³⁰. Deuxièmement, la Cour de justice est allée au-delà de la reconnaissance mutuelle prescrite par le droit dérivé. A supposer que les directives ne trouvent pas à s'appliquer – principalement lorsqu'aucun diplôme ou concours n'est exigé en tant que tel pour accéder au poste concerné, sa jurisprudence n'en fait pas moins obligation à l'administration d'effectuer un travail de comparaison des qualifications et de l'expérience professionnelle acquise dans un autre Etat membre avec la réglementation nationale relative à l'accès à la profession envisagée³¹. Bien plus, l'interprète authentique des traités est venu poser un principe d'équivalence en matière d'expérience et d'ancienneté, lorsque celles-ci rentrent en compte pour l'accès à la fonction publique³². En d'autres termes, il s'agit ici

28 En ce sens, v. Dubouis, « L'influence de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes sur l'ouverture de la fonction publique française en cours de carrière », *RFDA*, 1998, p. 106

²⁹ CJCE, 9 septembre 2003, *Isabel Burbaud contre Ministère de l'Emploi et de la Solidarité*, aff. C-285/01, rec. I-8219. V. également CJCE, 07 octobre 2004, *Commission c/ France*, aff. C-402/02.

³⁰ *Ibid.* pt. 58

³¹ CJCE, 7 mai 1991, *Vlassopoulou*, aff. C-340/89, rec. 2357. V. également CJCE, 13 novembre 2003, *Christine Morgenbesser contre Consiglio dell'Ordine degli avvocati di Genova*, aff. C-313/01, rec. I-13467.

³² CJCE, 24 février 1994, *Scholz*, aff. C-419/92, rec. I-505

principalement de la question du recrutement en cours de carrière au titre duquel la Cour de justice a donc garanti un traitement non discriminatoire dans l'appréhension des services effectués dans un autre Etat membre³³ (étant précisé cependant que loin d'être cantonné à cette problématique, le principe s'est également imposé pour les calculs d'ancienneté et d'évolution de carrière notamment³⁴).

Enfin et pour en revenir au régime d'accès à la fonction publique, le principe d'égalité de traitement homme/femme³⁵ a inévitablement constitué un autre levier d'influence du droit de l'Union, puisqu'il tend à s'appliquer à l'ensemble des secteurs professionnels³⁶. A ce titre, la Cour de justice a donc d'abord été conduite à condamner la pratique des recrutements distincts dans certains corps de la fonction publique française³⁷. Puis elle s'est penchée sur les mesures dites de discrimination positives, qui visent à favoriser l'emploi des femmes, pour subordonner leur compatibilité avec le droit de l'Union **par la Cour de justice** à la condition qu'elles ne génèrent pas un mécanisme de priorité automatique et absolue au profit des candidats féminins et

³³ L. Dubouis, « L'influence de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes sur l'ouverture de la fonction publique française en cours de carrière », *RFDA*, 1998, p. 106

³⁴ CJCE, 15 janvier 1998, *Kalliope Schöning-Kougebetopoulou contre Freie und Hansestadt Hamburg*, aff. C-15/96, rec. I-47. V. également, CJCE, 12 mars 1998, *Commission des Communautés européennes contre République hellénique*, aff. C-187/96, rec. I-1095

³⁵ Directive 76/207/CEE du Conseil, du 9 février 1976, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail, (JO L 39 du 14.2.1976, p. 40–42)

³⁶ CJCE, 21 mai 1985, *Commission des Communautés européennes contre République fédérale d'Allemagne*, aff. C-248/83, rec. 1459

³⁷ CJCE, 30 juin 1988, *Commission c. France*, aff. 318/86, *RFDA*, 1988, p. 976, note J.-C. Bonichot.

demeurent strictement proportionnées au rétablissement d'une égalité de fait³⁸.

En revanche, si l'on considère la question des libertés publiques des fonctionnaires, c'est un rapport d'influence inverse qui s'esquisse logiquement. Car autant la Cour de justice n'avait guère de titre à se prononcer sur ce sujet (du moins du point de vue de la fonction publique nationale), autant la Cour de Strasbourg a investi le terrain en application des articles 9, 10 et 11 de la Convention (garantissant la liberté de pensée, d'expression et d'association). Concernant la manifestation des convictions religieuses par un fonctionnaire durant l'exercice de son emploi, elle a donc appréhendé aussi bien le problème du prosélytisme sur le lieu de travail³⁹ que celui du port ostensible de signe religieux par les agents publics⁴⁰. Les contours de liberté de parole et d'expression des fonctionnaires, y compris dans le domaine politique⁴¹ ont été assez complètement dessinés, qu'il s'agisse du corps des militaires⁴² ou encore des universitaires⁴³, du devoir de neutralité⁴⁴, voire de loyauté⁴⁵, ou

³⁸ CJCE, 17 octobre 1995, *Kalanke*, aff. C-450/93, rec. I-3051 ; CJCE, 11 novembre 1997, *Marschall*, aff. C-409/95 ; CJCE, 28 mars 2000, *Badeck*, aff. 158/97. ; CJCE, 6 juillet 2000, *Abrahamsson*, aff. C-407/98 ; CJCE, 30 sept. 2004, *Brihèche*, aff. C-319/03, Rec. p. I-8823.

³⁹ CEDH, 24 fév. 1998, *Larissis c. Grèce*, Rec. CEDH 1998-I. V. également CEDH, déc., 8 fév. 2001, *Pitkevitch c. Russie*, n° 47936/99.

⁴⁰ CEDH, déc., 15 février 2001, *Dahlab c. Suisse*, req. 42393/98. V. également CEDH, déc., 24 janvier 2006, *Kurtulmus c. Turquie*, req. 65500/01 ; CEDH, déc. 3 avr. 2007, *Karaduman*, req. 41296/04.

⁴¹ CEDH, 2 sept. 1998, *Ahmed c/ Royaume-Uni*, Rec. CEDH 1998-VI ; CEDH, gr. Ch., 20 mai 1999, *Rekvényi c/ Hongrie*, Rec. CEDH 1999-III

⁴² CEDH, déc., 15 sept. 2009, *Matelly c. France*, req. 30330/04

⁴³ CEDH, 23 juin 2009, *Sorguc c. Turquie*, req. 17089/03

⁴⁴ CEDH, déc. d'irrec., 18 mai 2004, *Seurot c. France*, req. 57383/00.

⁴⁵ CEDH, 26 septembre 1995, *Vogt c. Allemagne*, préc., *GACEDH*, PUF, 6^{ème} éd., 2011, n° 61.

de discrétion⁴⁶. Le juge de Strasbourg s'est également saisi, de manière récente, de la question de l'exercice de droits sociaux fondamentaux des travailleurs dans le contexte de la fonction publique. A ce titre, c'est la garantie de la liberté syndicale des agents publics qui s'est vue renforcée, en termes aussi bien de création d'un syndicat⁴⁷ que de droit de négociation collective⁴⁸. Enfin, le droit de grève a également été récemment appréhendé par la Cour EDH⁴⁹. Quoiqu'il ne faille pas pour autant préjuger de l'ampleur des répercussions sur le statut des fonctionnaires en droit français⁵⁰, la richesse du corpus jurisprudentiel mérite d'être soulignée.

Toutes ces illustrations donnent donc à voir des secteurs d'influence bien distincts. Il n'en reste pas moins qu'un contre exemple pourrait être – en apparence – relevé, s'agissant des droits pécuniaires des agents publics, et plus particulièrement de la question des pensions de retraite. En effet, il convient d'observer dans un premier temps que, d'une manière générale, les deux juges européens ont affirmé leur compétence dans le domaine des droits de retraite, en les faisant relever d'une notion inscrite dans les traités dont ils ont la garde. Pour le juge de l'Union, ces pensions sont ainsi des « rémunérations » au sens de

⁴⁶ Not. CEDH, Gde ch., 12 fév. 2008, *Guja c. Moldavie*, req. 14227/04.

⁴⁷ CEDH, 2 fév. 2006, *Tiim Haber Sen et Cinar c. Turquie*, Rec. 2006-II ; CEDH, gr.ch., 12 nov. 2008, *Demir et Baykara c. Turquie*, req. 34503/97

⁴⁸ CEDH, gr.ch., 12 nov. 2008, *Demir et Baykara c. Turquie*, req. 34503/97

⁴⁹ CEDH, 17 janv. 2007, *Satilmis c. Turquie*, req. 74611/01 ; CEDH, 17 juil. 2008, *Urcan et al. c. Turquie*, req. 23018/04 ; CEDH, 21 avr. 2009, *Enerji Yapı-Yol Sen c. Turquie*, req. 68959/01 ; CEDH, 15 sept. 2009, *Saime Özcan c. Turquie*, req. 22943/04.

⁵⁰ V. infra K. Blay-Grabarczyk, Partie III, chap. 1, spéc. p. 424-432 et p.438-443.

l'article 157 §2 TFUE⁵¹ tandis qu'elles sont des « biens » au sens de l'article 1 protocole 1 pour le juge de la Convention⁵². Il y a ainsi matière à nuancer nos précédents propos, et reconnaître sur ce point l'existence d'une appréhension conjointe.

Néanmoins, les fondements propres sur la base desquels elle s'opère conduisent dans un second temps à relativiser l'idée d'une influence commune. En effet, puisque l'article 157 TFUE concerne l'égalité de traitement salarial homme/femme, c'est sous cet angle seulement que la Cour de justice a été conduite à analyser les régimes de retraite des agents publics⁵³. La Cour européenne des droits de l'homme aurait certes pu la rejoindre sur ce terrain, vu l'importance attachée à la non discrimination en fonction du sexe et le caractère somme toute tardif de l'ouverture à la pratique des discriminations positives⁵⁴. Le constat se fait néanmoins que ce n'est pas sous la pression du droit conventionnel que les dispositifs français ont été reconsidérés. Fondée sur l'article 1 Protocole I relatif au droit de propriété, la propre jurisprudence du juge européen des droits de

⁵¹ Concernant les régimes professionnels CJCE, 29 novembre 2001, *Griesmar*, aff. C-366/99, rec. I-9383 ; CJCE, 13 décembre 2001, *Mouflin*, aff. C-206/00, rec. I-20601

⁵² La jurisprudence *Gaygusuz* a ainsi initié le mouvement de « *socialisation de la notion de bien* » (F. Sudre) en jugeant qu'une allocation d'urgence est un bien au titre de la protection conventionnelle du droit de propriété (CEDH, 16 septembre 1996, *Gaygusuz c. Autriche*, req. n° 17371/90). Par la suite, ce sont spécifiquement les pensions de retraites qui seront inclus dans le champ de l'article 1 Protocole 1: CEDH, 28 mars 2000, *Georgiadis*, req. 41209/98 ; CEDH, 20 juin 2002, *Azinas c/ Chypre*, req. 56679/00.

⁵³ CJCE, 29 nov. 2001, *Griesmar*, rec. I-9383, aff. C-366/99 ; CJCE, 13 déc. 2001, *Mouflin* : Rec. I-10201, aff. C-206/00 ; CJCE, 12 sept. 2002, *Niemi*, rec. I-7007, aff. C-351/00 ; CJCE, 23 oct. 2003, *Schönheit et Becker*, rec. I-12575, aff. C-4/02 et C-5/02.

⁵⁴ Cour EDH, Gde Ch., 12 avr. 2006, *Stec et autres c/ Royaume-Uni*, § 51. Egalement, Cour EDH, 10 mai 2007, *Runkee c/ Royaume-Uni*, req. 42949/98 et 53134/99, § 35.

l'homme se concentre plutôt sur le respect des droits patrimoniaux des fonctionnaires, qui en tant que tel n'est pas appréhendé par le juge communautaire. Dès lors, l'angle d'analyse matériel du droit des pensions n'est pas commun, contredisant un réel croisement des jurisprudences européennes (dont l'impact est alors d'ordre davantage complémentaire que confondu).

b) La police de la chasse

La police de la chasse est également un exemple topique d'une appréhension parallèle par les juges européens, sur des aspects matériellement distincts. L'incidence est ici parfaitement dissymétrique puisque, si le juge EDH s'est prononcé sur la conventionnalité de la législation française concernant la gestion des zones de chasse, le juge de l'Union s'est lui centré sur la question des dates d'ouverture et de clôture de la chasse.

La loi Verdeille, dont la Cour de Strasbourg a eu à connaître, prévoyait en effet, sous certaines conditions, l'apport obligatoire de certains terrains privés aux associations communales de chasses auxquelles les propriétaires concernés étaient tenus d'adhérer. Aussi ce système était-il contestable (et a-t-il été contesté) au regard tant du droit au respect des biens, que de la liberté d'association – ici consacrée de manière négative – et de la non discrimination. Partant, il a été permis à la Cour de conclure globalement que « *contraindre de par la loi un individu à une adhésion profondément contraire à ses propres convictions et l'obliger, du fait de cette adhésion, à apporter le terrain dont il est propriétaire pour que l'association en question réalise des objectifs qu'il désapprouve va au-delà de ce qui est nécessaire pour assurer un juste équilibre entre des*

intérêts contradictoires et ne saurait être considéré comme proportionné au but poursuivi»⁵⁵. Cette compétence du juge conventionnel pour cet aspect du droit de la chasse semble ainsi naturelle, alors qu'il apparaîtrait complexe de trouver un fondement susceptible d'emporter celle du juge de l'Union.

En revanche, la compétence de ce dernier s'est logiquement affirmée concernant les périodes de chasse, en raison de l'édification au niveau européen d'un régime harmonisé de protection des oiseaux par la Directive 79/409⁵⁶ dont l'interprétation s'est alors trouvée en jeu⁵⁷ (sur ce contentieux, cf. infra). A notre sens, aucun fondement ne permettrait ici d'assurer l'intervention du juge européen des droits de l'homme. A défaut de dispositions conventionnelles relatives à la sauvegarde de l'environnement, celui-ci en effet n'a développé en la matière qu'une protection par ricochet, tributaire d'une atteinte au droit à la vie ou d'une ingérence dans le droit au respect du domicile et de la vie privée et familiale⁵⁸. Or on ne voit guère comment pourrait alors s'établir le lien avec la

55 CEDH, 29 avril 1999, *Chassagnou c/ France*, req. 25099/94, § 117.

56 Directive 79/409/CEE du Conseil, du 2 avril 1979, concernant la conservation des oiseaux sauvage.

57 CJCE, 19 janvier 1994, *Association pour la protection des animaux sauvages*, aff. 435/92 ; CJCE, 7 décembre 2000, *Commission c/ France*, aff. C-38/99 ; CJCE, *Ligue pour la protection des oiseaux e.a. contre Premier ministre et Ministre de l'Aménagement du territoire et de l'Environnement*, aff. C-182/01. Sur ce sujet qui a abondamment nourri le dialogue des juges, v. not. J. Untermaier, « Le contentieux relatif aux périodes de chasse », in M. Boutelet et J.-C. Fritz, *L'ordre public écologique*, Bruylant, 2005, p. 188.

⁵⁸ V. not. sur ce point, J.-P. Marguénaud, « L'environnement sain », in F. Sudre (dir.), *Le droit au respect de la vie privée au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant 2005, pp. 217-230, spéc. p. 218 ou du même auteur, J.-P. Marguénaud, *Droit de l'homme à l'environnement et Cour européenne des droits de l'homme*, *RJE*, n° spécial, 2003, spéc. p. 17.

préservation des espèces⁵⁹ et de fait, la Cour n'a jugé recevable que les requêtes relevant d'une violation manifeste et massive du droit à un environnement sain: pollution directe issue d'une usine, nuisance sonores due à la proximité d'un aéroport... La possibilité qu'un contentieux relatif aux dates d'ouverture de la chasse se noue devant le juge conventionnel apparaît donc concrètement difficile. Au final, la police de la chasse demeure donc appréhendée concurremment mais sur des questions matérielles apparemment parfaitement étanches.

§ II - UNE APPREHENSION RESIDUELLEMENT CONJOINTE DE LA MATIERE ADMINISTRATIVE PAR LES JUGES EUROPEENS

La police des étrangers apparaît comme le domaine de prédilection d'une influence conjointe des juges européens, même si ce n'est que progressivement que tous deux ont pu affirmer une véritable compétence dans ce domaine. Du point de vue du juge de Strasbourg, il est vrai que la Convention européenne ne contient pas de disposition spécifiquement consacrée au droit des étrangers. Mais la protection par ricochet a permis au juge conventionnel d'exercer son contrôle en la matière, tant du point de vue de l'article 3 que de l'article 8. Le juge de l'Union, de son côté, a pendant longtemps appréhendé cette matière sous l'angle unique de la libre circulation des travailleurs, puis de la citoyenneté européenne, avant de

⁵⁹ En effet, « *les droits et libertés protégés par la Convention ne comportent pas un droit à la préservation de la nature en tant que tel* » (Cour EDH, 9 juin 2005, *Fadeïeva c/ Russie*, req. 55723/00, § 68). Aussi la Cour a-t-elle jugé dans l'arrêt *Kyrtatos c/ Grèce* (Cour EDH, 22 mai 2003, req. 41666/98), que la destruction d'un marais adjacent à la propriété des requérants ne pouvait pas en soi trahir un manque de respect pour leur vie privée et familiale (§ 52).

bénéficier aujourd'hui d'une compétence étendue aux domaines de l'immigration et de l'asile, conformément à l'évolution de la construction européenne depuis le Traité d'Amsterdam. De plus en plus, ce domaine du droit administratif se trouve donc exposé à une appréhension conjointe par les droits européens et leurs juges – cette situation n'ayant cependant pas pour effet de placer nécessairement le juge administratif en position d'arbitre et de conciliateur. Car le schéma n'est pas forcément celui d'influences parallèles et isolées se rencontrant par la suite ; il faut faire la part des interactions normatives entre les deux ordres juridiques européens. Dès lors, la pénétration de la police des étrangers par deux sources concurrentes est loin d'être toujours source de conflit : quand elles se rencontrent dans le domaine, les jurisprudences européennes peuvent produire une même influence (A). En ce cas, se matérialise plus certainement un dialogue bilatéral entre le juge de l'Union et le juge de la Convention, dialogue auquel le juge administratif n'est pas véritablement partie prenante mais dont il peut être seulement le relais. Inversement, il peut être considéré comme acteur à part entière du dialogue, voir comme un régulateur en présence d'une éventuelle contradiction, d'un possible décalage entre les exigences respectivement formulées par juges européens (B). Mais cette configuration, qui se rapprocherait peut-être le plus d'un schéma véritablement triangulaire, s'avère finalement plus rare.

A – L'interpénétration dialogique des droits européens

Dans un sens comme dans l'autre, la police des étrangers est marquée par une interpénétration des exigences propres à chaque ordre juridique européen. Ainsi, la Cour de justice – et le droit de l'Union en général – n'ont pas hésité à reprendre globalement les incidences de l'article 8 CEDH tels que développés par la Cour de Strasbourg (1). Parallèlement, cette

dernière a également intégré dans sa propre jurisprudence les développements de la Cour de justice (2).

1 – La réception relative des exigences conventionnelles par le droit de l'Union

S'il est clair que la jurisprudence EDH dans le domaine du droit au respect de la vie privée et familiale des étrangers a été diffusée au sein de l'ordre juridique de l'Union (a), il n'en reste pas moins que par certains aspects, ce processus de réception rencontre des limites (b).

a) La diffusion indiscutable de la jurisprudence de la Cour EDH

Si elle n'a de cesse de souligner « *qu'il incombe aux États contractants d'assurer l'ordre public, en particulier dans l'exercice de leur droit de contrôler, en vertu d'un principe de droit international bien établi et sans préjudice des engagements découlant pour eux de traités, l'entrée, le séjour et l'éloignement des non-nationaux* »⁶⁰ et que cette faculté inclut notamment la possibilité « *d'expulser les délinquants parmi ceux-ci* »⁶¹, la Cour européenne n'en a pas moins affirmé la nécessité de contrôler la proportionnalité des mesures d'expulsions au regard de l'article 8. Ainsi, « *l'examen des affaires qui lui ont été soumises a consisté à veiller à ce que les États mis en cause aient maintenu un juste équilibre entre les intérêts légitimes en présence : celui du respect dû à la vie privée et familiale des étrangers concernés ; celui, tout aussi respectable, de la sauvegarde de l'ordre public des États*

⁶⁰ CEDH, 28 mai 1985, *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c/ Royaume-Uni*, §

67

⁶¹ CEDH, 24 avril 1996, *Boughanemi c/ France*, § 41

membres du Conseil de l'Europe »⁶². Afin d'effectuer son contrôle, la Cour mettait en balance les intérêts en présence en s'orientant vers « *l'appréciation de l'intensité des liens éventuellement conservés avec le pays d'origine et de ceux tissés avec le pays d'accueil* »⁶³. Mais la gravité de l'infraction commise, à la base de la mesure d'expulsion, pouvait également entrer en ligne de compte. Fortement casuistique, sinon opaque, cette jurisprudence a été relativement critiquée, y compris au sein de la juridiction européenne des droits de l'homme. Ainsi, le Juge Martens dénonçait-il, dans son opinion dissidente dans l'affaire *Boughanemi*⁶⁴ un facteur d' « *insécurité juridique* » : « *l'approche au cas par cas utilisée par la majorité est une loterie pour les autorités nationales et une source d'embarras pour la Cour [...] puisque cela l'oblige à procéder à des comparaisons quasiment impossibles entre le bien-fondé de l'affaire dont elle est saisie et celui des cas qu'elle a déjà tranchés* »⁶⁵. Aussi, la Cour a-t-elle été conduite à rationaliser son test de proportionnalité⁶⁶, « *à définir des principes directeurs (...)* »⁶⁷. Désormais nommés critères Boulitif, ces conditions s'articulent autour de l'analyse de la gravité de l'infraction, de la durée de séjour dans l'Etat membre d'accueil, de la situation familial de l'étranger ainsi que, par exemple, les difficultés pour le conjoint à s'intégrer dans l'Etat d'origine de l'étranger expulsé⁶⁸.

⁶² M. Levinet, « L'éloignement des étrangers délinquants et l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme », *RTDH*, n° spécial relatif à *La police des étrangers et la Convention EDH*, 1999, p.91

⁶³ Ibid. p. 100

⁶⁴ CEDH, 24 avril 1996, *Boughanemi c/ France*, § 41

⁶⁵ Ibid. Op. dissidente du Juge Martens § 4

⁶⁶ CEDH, 2 août 2001, *Boulitif c/ Suisse*.

⁶⁷ MOCK H., obs. sous l'affaire Boulitif, *RTDH*, 2002, p. 476

⁶⁸ CEDH, 2 août 2001, *Boulitif c/ Suisse*, §48

La Cour de justice a progressivement calqué son analyse sur celle de la Cour européenne des droits de l'homme. Soulignant ainsi que la portée de la notion d'ordre public « *ne saurait être déterminé unilatéralement par chacun des Etats membres sans contrôle des institutions de la Communauté* »⁶⁹, la Cour de Justice a finalement consacré explicitement le rôle d'encadrement de la vie familiale, vis à vis d'une mesure d'éloignement dont serait victime un citoyen européen ou un membre de sa famille.

A ce titre, la jurisprudence *Carpenter* est fondamentale. Faisant application de l'article 8 de la Convention européenne, afin de pallier les silences du droit communautaire dérivé sur un droit de séjour des membres de la famille, ressortissants d'Etats tiers, dans l'état d'origine du bénéficiaire direct de la libre circulation, « *la Cour applique de manière orthodoxe les principes dégagés par la Cour de Strasbourg sur le fondement de l'article 8* »⁷⁰. Ainsi, le juge de Luxembourg rappelle qu'une ingérence dans le droit au respect de sa vie familiale « *enfreint la Convention si elle ne remplit pas les exigences du paragraphe 2 du même article, à savoir si elle n'est pas « prévue par la loi », inspirée par un ou plusieurs buts légitimes au regard dudit paragraphe et « nécessaire, dans une société démocratique » c'est à dire justifiée par un besoin social impérieux et, notamment proportionné au but légitime poursuivi.* »⁷¹ Il reprend ainsi ouvertement la jurisprudence européenne, bien établie en la matière. En l'espèce, la Cour constate que la décision britannique « *ne respecte pas un juste équilibre entre les intérêts en présence, à savoir d'une part, le droit de M.*

⁶⁹ CJCE, 4 décembre 1974, *Van Duyn*, C 41/74

⁷⁰ C. Maubernard, « Droit communautaire-droits fondamentaux, chronique de la jurisprudence de la Cour de justice de communauté européenne », *R.TDH.*, 2003, n°55, p. 871 à 894, voir spécialement page 874.

⁷¹ CJCE, 11 juillet 2002, *Carpenter*, pt. 42

Carpenter au respect de sa vie familiale et, d'autre part, la défense de l'ordre public et de la sécurité publique. »⁷² Ainsi, si des impératifs d'ordre public et de sécurité publique sont de nature à restreindre le séjour, la mesure doit être proportionnée avec les exigences de protection de la vie familiale du requérant. Dans cet exercice de contrôle, il apparaît que « *la mesure est disproportionnée car le mariage est authentique et les époux ont mené une vie familiale effective sans que la conduite de l'épouse puisse faire craindre le moindre danger pour l'ordre public et la sécurité publique.* »⁷³ En transposant la jurisprudence de la Cour européenne, et en effectuant un contrôle de la mesure calqué sur celui de la clause d'ordre public de la Convention européenne des droits de l'Homme, le juge de l'Union contribue à la diffusion expresse du contrôle conventionnel de proportionnalité.

Mais la Cour de justice ne s'est pas limitée à cet aspect, suivant les innovations de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Elle procède ainsi expressément à la transposition des critères Boultif dans le cadre de sa jurisprudence *Orfanopoulos*⁷⁴. Non contente de constater dans cette affaire l'automatisme de la législation allemande, impliquant en l'espèce l'expulsion d'un citoyen européen condamné pour trafic de stupéfiant, la Cour rappelle le nécessaire respect d'un « *juste équilibre entre les intérêts en présence* »⁷⁵ et surtout souligne qu'« *il convient de prendre en compte notamment la nature et la gravité de l'infraction commise par l'intéressé, la durée de son séjour dans l'État*

⁷² Ibid. pt. 43

⁷³ L. Idot, « Regroupement familial : La Cour consacre un droit fondamental au respect de la vie familiale », *Europe*, Octobre 2002, p.22

⁷⁴ CJCE, 24 avril 2004, *Orfanopoulos*, C 482/01, Rec., p. I-5257

⁷⁵ D. Simon, « Portée de l'exception d'ordre public : légalité de l'expulsion de toxicomanes récidivistes ? », *Europe*, juin 2004, p. 21

membre d'accueil, la période qui s'est écoulée depuis la perpétration de l'infraction, la situation familiale de l'intéressé et la gravité des difficultés que risquent de connaître le conjoint et leurs enfants éventuels dans le pays d'origine de l'intéressé »⁷⁶. En d'autres termes, la Cour de justice s'approprie clairement les critères Boultif de la Cour européenne et fait œuvre par là-même de convergence entre les deux ordres juridictionnels.

Notons enfin que cette approche a été consacrée par le législateur européen dans différents instruments législatifs. Ainsi en est-il de la Directive 2004/38 afférente au séjour du citoyen européen et des membres de sa famille qui souligne qu'« *avant de prendre une décision d'éloignement du territoire pour des raisons d'ordre public ou de sécurité publique, l'État membre d'accueil tient compte notamment de la durée du séjour de l'intéressé sur son territoire, de son âge, de son état de santé, de sa situation familiale et économique, de son intégration sociale et culturelle dans l'État membre d'accueil et de l'intensité de ses liens avec son pays d'origine.* »⁷⁷ Il en va de même dans certaines normes afférentes aux ressortissants d'Etat tiers, telle que la Directive 2003/86 relative au regroupement familial⁷⁸ et la

⁷⁶ CJCE, 24 avril 2004, *Orfanopoulos*, préc., pt. 99

⁷⁷ Directive 2004/38/CE du Parlement et du Conseil du 29 avril 2004 relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres, modifiant le règlement (CEE) no 1612/68 et abrogeant les directives 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE et 93/96/CEE (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE), JO L 158 du 30.04.2004 p.77, Article 28 §1

⁷⁸ La directive demande ainsi aux Etats, lors de l'adoption d'une mesure d'expulsion fondée sur des motifs d'ordre public à tenir compte « *de la gravité ou de la nature de l'infraction (...) ou des dangers que cette personne est susceptible de causer* » (Article 6) et à prendre « *dûment en considération la nature et la solidité des liens familiaux de la personne et sa durée de*

Directive 2003/109 afférente au statut de résident de longue durée⁷⁹.

b) Un phénomène de diffusion à tempérer

Deux remarques doivent venir tempérer notre constat de convergence des ordres juridiques européens.

Tout d'abord, il convient d'observer que le phénomène de réception de cette complémentarité par le législateur connaît des limites au sein l'appareil législatif européen. Ainsi, aucune des directives afférente à l'immigration économique ne procède à cette transposition⁸⁰ et il en va également de même pour l'étudiant⁸¹. Il sera donc nécessaire de surveiller la jurisprudence

résidence dans l'Etat membre, ainsi que l'existence d'attaches familiales, culturelles ou sociales avec son pays d'origine (...) » dans le cadre de l'adoption d'une mesure d'éloignement visant le regroupant ou des membres de sa famille (Article 17). (Directive 2003/86 du Conseil du 23 septembre 2003 relative au droit au regroupement familial, JO L 251 du 03.10.2003, p.12-18)

⁷⁹ Le texte demande aux Etats, avant d'adopter une mesure d'expulsion visant un résident de longue durée, à prendre en compte « *les éléments suivants: la durée de la résidence sur leur territoire; l'âge de la personne concernée; les conséquences pour elle et pour les membres de sa famille; les liens avec le pays de résidence ou l'absence de liens avec le pays d'origine.* » (Directive 2003/109 du Conseil du 25 novembre 2003 relative au statut des ressortissants des pays tiers résidents de longue durée, JO L 16 du 23.01.2004, p.44-53)

⁸⁰ Directive 2005/71 du Conseil du 12 octobre 2005 relative à une procédure d'admission spécifique des ressortissants de pays tiers aux fins de recherche scientifique, JO L 289 du 03.11.2005, p. 15-22 ; Directive 2009/50 du Conseil, du 25 mai 2009, établissant les conditions d'entrée et de séjour des ressortissants de pays tiers aux fins d'emploi hautement qualifié, JO L 155 du 18.06.2009, p. 17-29

⁸¹ Directive 2004/114 du Conseil, du 13 décembre 2004, relative aux conditions d'admission des ressortissants de pays tiers à des fins d'études,

de la Cour de justice qui, lorsqu'elle sera saisie d'un contentieux, devra soit opter pour une analyse littérale des normes concernées, ce qui se traduirait par un véritable arrêt au dialogue des juges dans ce domaine, soit opter pour l'extension prétorienne des critères Boultif pour ces catégories d'étrangers. En tout état de cause, l'intérêt du dialogue est maintenu au travers d'une intervention lacunaire du législateur européen.

Surtout, il convient d'observer que, s'agissant des garanties assurées au citoyen européen, y compris lorsqu' est en jeu l'unité familiale ou le droit au regroupement familial, la Cour de justice tend à affirmer son indépendance vis à vis de la source conventionnelle, en fondant ses solutions sur les seules sources et mécanismes de protection issue de l'Union européenne, sans renvoyer à l'article 8 CEDH. Ce phénomène de détachement est flagrant dans certaines jurisprudences récentes, notamment dans l'affaire *Ruiz Zambrano*⁸² qui se situe dans le prolongement de l'affaire *Zhu et Chen*⁸³. En l'espèce, puisque se pose la question

d'échange d'élèves, de formation non rémunérée ou de volontariat (JO L 375 du 23.12.2004, p. 12-18)

⁸² CJCE, 8 mars 2011, *Gerardo Ruiz Zambrano contre Office national de l'emploi*, aff. C-34/09

⁸³ CJCE, 19 octobre 2004, *Zhu et Chen*, aff. C-200/02, rec., I-9925. En l'espèce, se posait la question du droit de séjour de l'ascendant ressortissant d'Etat tiers, lorsque le citoyen européen est un enfant en bas âge. Dans cette affaire, la Cour de justice avait jugé nécessaire la reconnaissance de ce droit. La configuration de l'affaire *Ruiz Zambrano* est sensiblement la même sauf que se pose en plus la question du champ d'application du droit de l'Union et de la caractérisation des situations purement internes. En effet, dans l'affaire de 2004, l'élément d'extranéité était clairement présent, l'enfant étant né en Irlande et souhaitant s'installer par la suite au Royaume-Uni. Or, tel n'est pas le cas dans l'affaire *Zambrano*, l'ensemble du contentieux ne se nouant qu'au sein du Royaume de Belgique. Pour une analyse spécifique de cette question v. MANIGRASSI L., « *Vers une citoyenneté européenne fédérale? Quelques réflexions sur l'arrêt « Zambrano »* », *RDUE*, 3/2011, p. 411.

de la préservation de l'unité familiale entre des parents et leurs enfants citoyens européens en bas âge, il aurait été tout à fait envisageable de nourrir la motivation par l'invocation du droit au respect de la vie familiale. Il s'agissait d'ailleurs d'une des optiques prises par l'avocat général Sharpston qui suggérait de remédier aux incompatibilités « avec les règles minimales de protection énoncées par la CEDH » en anticipant « partiellement les exigences qui pourraient découler de l'adhésion de l'Union européenne à la CEDH, qui est envisagée. Une telle évolution ne pourrait que renforcer l'esprit de coopération et de confiance mutuelle qui existe entre les deux juridictions. »⁸⁴ Or, la Cour omet toute référence dans son analyse au système conventionnel, et même plus largement à la thématique du droit au respect de la vie familiale, et se saisit d'une situation qui pouvait sembler interne au nom de la seule citoyenneté de l'Union. Rappelant que celle-ci « a vocation à être le statut fondamental des ressortissants des États membres » (point 41), elle juge que le droit communautaire s'oppose à toute réglementation ou décision nationale « ayant pour effet de priver les citoyens de l'Union de la jouissance effective de l'essentiel des droits conférés par leur statut. »⁸⁵ - comme en l'espèce le refus des autorités belges d'accorder un droit de séjour et un accès au marché national de l'emploi aux parents des citoyens européens en bas âge. Le message semble ici clair: il n'est pas nécessaire de faire référence aux droits fondamentaux – et par conséquent, encore moins à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme – lorsque les principes de libre circulation et de citoyenneté, aux fondements de l'Union européenne, suffisent à garantir la

⁸⁴ Conclusions de l'avocat général Sharpston, 30 septembre 2010, sous l'affaire Gerardo Ruiz Zambrano contre Office national de l'emploi (ONEm), aff. C-34/09, pt. 147

⁸⁵ Ibid. pt. 42

protection nécessaire. Dans une certaine mesure, l'économie du plus récent arrêt *Dereci*⁸⁶ le confirme, bien qu'il se distingue de la jurisprudence antérieure - notamment de l'arrêt *Mc Carthy* - en faisant place pour sa part à la nécessité de veiller au respect des droits fondamentaux et notamment des garanties conventionnelles qui s'imposent au juge national. Car l'examen à ce titre, sur la question du droit de séjour du conjoint d'une citoyenne de l'Union, dans l'Etat de nationalité et de résidence de cette dernière alors qu'elle n'a jamais usé de sa libre circulation, intervient logiquement après qu'ait été écartée l'application de la jurisprudence *Ruiz-Zambrano*⁸⁷. Une telle analyse ne se limite d'ailleurs pas à la thématique de la citoyenneté européenne. Preuve en est l'arrêt *Chakroun*⁸⁸, concernant l'interprétation de la condition de ressources à laquelle les Etats membres peuvent subordonner le regroupement familial des ressortissants d'Etats tiers aux termes de la Directive 2003/86. Rejetant une conception par trop stricte de la notion de recours au système d'aide social de l'Etat membre d'accueil, la Cour procède certes à une (re)lecture de la norme européenne dans un souci de protection du regroupant et des membres de sa famille. Mais, son analyse procède

⁸⁶ CJUE, 15 novembre 2011, *Murat Dereci et a. c/ Bundesministerium für Inneres*, aff. C-256/11 (*Europe*, janvier 2012, comm. 7, A. Rigaux).

⁸⁷ Ayant exclu que le droit de séjour du conjoint puisse en l'occurrence découler des règles afférentes à la citoyenneté européenne, la Cour de justice recherche un autre fondement et distingue alors deux hypothèses, invitant le juge national à examiner la demande du requérant au regard du « *droit au respect de la vie privée et familiale prévu à l'article 7 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union, si la situation lui paraît relever du champ d'application du droit de l'Union (éventualité dont on peine à voir comment elle pourrait se concrétiser en l'absence de rattachement possible à la libre circulation des personnes et à la citoyenneté UE) ou sinon, à la lumière de l'article 8, paragraphe 1, de la CEDH* ».

⁸⁸ CJCE, 4 mars 2010, *Rhimou Chakroun*, aff. C-178/08, rec. I-1839

essentiellement des objectifs attribués à la directive et de l'exigence d'application uniforme de la législation européenne ; ce n'est qu'à titre confortatif – référence expédiée en une phrase – que la Cour se réfère à la protection conventionnelle dans le domaine de la vie familiale, soulignant que son interprétation de la disposition en cause « *est par ailleurs conforme à l'article 8 de la CEDH.* »⁸⁹ En ce sens, le phénomène de dialogue et d'interpénétration des deux jurisprudences trouveraient ses limites au travers d'un phénomène d'ethnocentrisme inhérent à la politique de la Cour de justice.

2 – *La reconnaissance des développements du droit de l'Union par le juge EDH*

Pour sa part, le juge de la Convention n'a pas hésité en premier lieu à relever la spécificité de l'ordre juridique de l'Union européenne du point de vue du droit des étrangers.

Saisie par une ressortissante espagnole qui n'obtenait pas en France de titre de séjour de longue durée et se plaignait d'une atteinte grave à son droit au respect de la vie privée et familiale telle que protégée par l'article 8 de la Convention, la Cour européenne commence ainsi par constater que « *les ressortissants communautaires ont fait l'objet de dispositions spécifiques, en application du Traité de Rome et des directives communautaires* »⁹⁰, pour en déduire qu'elle ne peut raisonner conformément à sa jurisprudence classique. En effet, si cette dernière affirme que « *la convention ne garantit pas le droit d'une personne d'entrer ou de résider dans un Etat dont elle n'est pas ressortissante ou de n'en être pas expulsée* »⁹¹ et que « *par ailleurs, l'article 8 de la Convention ne va pas jusqu'à*

⁸⁹ Ibid., pt. 63

⁹⁰ CEDH, 17 avril 2006, *Aristimuno Mendizabal*, req. 51431/99, §45

⁹¹ Ibid. §65

garantir à l'intéressé le droit à un type particulier de titre de séjour (permanent, temporaire ou autre), à condition que la solution proposée par les autorités lui permette d'exercer sans entrave ses droits au respect de la vie privée et familiale »⁹² il n'en reste pas moins qu'en l'espèce « *il s'impose (...) d'avoir une approche différente.* »⁹³ En conséquence, la Cour européenne procède à une revalorisation des exigences conventionnelles dans le contexte spécifique de la citoyenneté européenne, en affirmant que le droit au respect de la vie privée et familiale « *doit être interprété en l'espèce à la lumière du droit communautaire et en particulier des obligations imposées aux Etats membres quant aux droits d'entrée et de séjour des ressortissants communautaires.* »⁹⁴ Pour ce faire, la Cour vise directement la jurisprudence des juges de Luxembourg⁹⁵ et intègre à son analyse la particularité du statut de citoyen européen. Il s'agit donc bien ici d'une pénétration de la logique inhérente au droit de l'Union européenne dans le cadre du contrôle du respect des exigences conventionnelles par la Cour de Strasbourg.

Au-delà de la situation des citoyens européens, la Cour européenne s'est récemment ouverte en second lieu à la construction de la politique d'asile commune aux Etats membres de l'Union européenne et à la jurisprudence de la Cour de justice

⁹² Ibid. §66

⁹³ Ibid. §67

⁹⁴ Ibid. §69

⁹⁵ Lorsque la Cour européenne affirme que « *la Cour de Justice des Communautés européennes considère, selon une jurisprudence constante, que la délivrance d'un tel document ne fait que « constater » le droit au séjour que les ressortissants communautaires tirent directement du Traité et du droit dérivé et ne peut s'assimiler à une autorisation* » (§68), elle vise ici en réalité la jurisprudence Royer (CJCE, 8 avril 1976, *Jean Noël Royer*, aff. 48/75, pts. 32-33.)

dans ce domaine. En effet, la Directive 2004/83⁹⁶ a notamment pour objet d'établir les critères présidant à l'octroi du statut de réfugié ou de la protection subsidiaire instituée pour les personnes qui ne pourraient se le voir accorder et qui seraient néanmoins victimes d'une atteinte grave : à savoir la peine de mort ou l'exécution, la torture ou des traitements inhumains et dégradants ou « *des menaces graves et individuelles contre la vie ou la personne d'un civil en raison d'une violence aveugle ou en cas de conflit armé interne ou international* » (art. 15, c). La question s'est posée de savoir si ce dernier point de la directive devait être compris par référence à la jurisprudence européenne des droits de l'homme relative à l'article 3 CEDH, qui exige la démonstration d'un risque sérieux et personnel, lié à la situation propre de l'individu⁹⁷. En effet, la rédaction de la disposition était relativement paradoxale : la référence au caractère individuel des menaces pouvait être perçue comme une continuité de la jurisprudence EDH tandis que la référence à la violence aveugle et au conflit armé pouvait à l'inverse être comprise comme un dépassement de cette jurisprudence au travers d'une atténuation de l'exigence d'individualisation du risque⁹⁸. En d'autres termes, la question était de savoir si la

⁹⁶ Directive 2004/83/CE du Conseil du 29 avril 2004 concernant les normes minimales relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir prétendre au statut de réfugié ou les personnes qui, pour d'autres raisons, ont besoin d'une protection internationale, et relatives au contenu de ces statuts, JO n° L 304 du 30/09/2004 p. 12 – 23.

⁹⁷ CEDH, 30 oct. 1991, *Vilvarajah et a c/ Royaume-Uni*, req. 13163/87 ., ; CEDH, 11 janv. 2007, *Salah Sheekh c/ Pays-Bas*, req. 1948/04 ; CEDH, 17 juillet 2008, *N.A. C/ Royaume-Uni*, req. 1948/04.

⁹⁸ En ce sens, v. les conclusions de l'avocat général sous l'affaire *Elgafaji* de la Cour de justice, qui parle de « deux courants interprétatifs à armes égales » contenus par l'article 15 c de la Directive 2004/83. (CJCE, gr. ch., 17 février

directive allait au-delà du standard imposé par l'article 3 CEDH, modifiant ainsi en profondeur les pratiques nationales – ou si au contraire il ne s'agissait que d'une application conforme de la jurisprudence conventionnelle.

La solution de la Cour s'inscrit finalement dans un esprit de relative autonomie, en soulignant d'emblée qu'à la différence des points a) et b), « *l'article 15, sous c), de la directive est une disposition dont le contenu est distinct de celui de l'article 3 de la CEDH et dont l'interprétation doit, dès lors, être effectuée de manière autonome tout en restant dans le respect des droits fondamentaux, tels qu'ils sont garantis par la CEDH* »⁹⁹. Sur ce fondement, elle affirme que « *le terme «individuelles» doit être compris comme couvrant des atteintes dirigées contre des civils sans considération de leur identité (...)* », se détachant ainsi de la conception du juge de Strasbourg mais en restreignant tout de même les potentialités désormais ouvertes par l'article 15 c à une situation exceptionnelle « *qui serait caractérisée par un degré de risque si élevé qu'il existerait des motifs sérieux et avérés de croire que cette personne subirait individuellement le risque en cause* »¹⁰⁰. C'est dire que « *la Cour met en place un lien de causalité entre la gravité de la situation et la démonstration d'une menace individuelle. Plus le risque d'atteinte est important, moins le requérant a besoin de démontrer qu'elle est individuelle et inversement plus le demandeur est apte à démontrer qu'il est affecté spécifiquement en raison d'éléments propres à sa situation personnelle, moins sera élevé le degré de violence aveugle requis pour qu'il puisse bénéficier de la*

2009, Elgafaji, aff. C-465/07 ; Conclusions de l'Avocat général Poiares Maduro du 9 septembre 2008)

⁹⁹ CJCE, gr. ch., 17 février 2009, *Elgafaji*, préc., pt. 28

¹⁰⁰ *Ibid.* pt. 37

protection subsidiaire »¹⁰¹. Sans abandonner l'exigence d'individualisation, la Cour de justice en propose ainsi une lecture renouvelée.

Cette jurisprudence a finalement fait évoluer celle de la Cour EDH¹⁰². Se référant ainsi expressément à la Directive 2004/83 et à la jurisprudence *Elgafaji*, le juge européen « *admet désormais qu'une situation générale de violence peut, dans des circonstances exceptionnelles, par son intensité même exposer toute personne qui retourne dans le pays à un risque réel de mauvais traitement* »¹⁰³. En réalité, la Cour européenne réinterprète sa propre jurisprudence à la lumière de celle de la Cour de justice, en affirmant qu'elle « *n'est pas persuadé que l'article 3 de la Convention, tel qu'interprété dans la jurisprudence NA, n'offre pas une protection comparable à celle offerte par la Directive.* »¹⁰⁴ Si la motivation peut laisser particulièrement dubitatif, il n'en reste pas moins que la jurisprudence de la Cour de justice a ainsi joué « *un rôle bénéfique d'entraînement* »¹⁰⁵, dans le sens d'une protection équivalente¹⁰⁶.

De telles convergences amoindrissent donc le risque pour le juge administratif de se trouver écartelé entre deux séries

¹⁰¹ F. Kauff-Gazin, obs. sous CJCE, gr. ch., 17 février 2009, *Elgafaji*, *Europe*, n°4, avril 2009, comm. 155

¹⁰² CEDH, 28 juin 2011, *Sufi et Elmi*, req. 8319/07

¹⁰³ F. Sudre, *Chronique de Droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, *JCP G.*, n°35, 29 août 2011, 914

¹⁰⁴ CEDH, 28 juin 2011, *Sufi et Elmi*, préc., §226

¹⁰⁵ F. Sudre, *Chronique de Droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, *JCP G.*, n°35, 29 août 2011, 914

¹⁰⁶ V. F. Sudre, « La cohérence issue de la jurisprudence européenne des droits de l'homme – L'équivalence dans tous ses états », in L. Coutron et C. Picheral (dir.), *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et CEDH – De l'équivalence à l'adhésion*, Bruylant, 2012, à paraître.

d'exigences contraires. Malgré tout, les différences de perspective peuvent aussi faire apparaître un besoin de conciliation.

B – L'interpénétration conciliable des droits européens

Le droit de l'Union a pu générer – du moins en apparence – des situations de conflits avec les exigences conventionnelles que l'inexistence d'un contrôle direct des normes européennes par le juge EDH, en l'absence d'adhésion de l'Union à la Convention, serait de nature à laisser persister. Y ayant été confronté dans le champ de ses compétences, le juge administratif semble alors chercher à procéder directement à une conciliation (1). Malgré tout, ce rôle de conciliateur n'apparaît que subsidiaire dans la mesure où l'existence d'un dialogue entre les juges européens est également susceptible de permettre la résolution de ces conflits potentiels, les deux juridictions européennes évitant ainsi au Conseil d'Etat de procéder à une solution nationale isolée (2).

1 – Des conflits désamorçés par le Conseil d'Etat

L'établissement de l'Espace Schengen s'est matérialisé notamment par la mise en place du système dit du signalement SIS. Dans un souci de coordination des décisions nationales d'admission des ressortissants d'Etats tiers, le signalement informatique des étrangers permet à chaque Etat de connaître les antécédents de l'individu concerné dans l'ensemble des Etats parties. A ce titre, la Convention d'application de l'accord de Schengen stipule qu'un étranger est admis sur le territoire d'un Etat membre, à condition qu'il ne soit pas signalé à des fins de

non admission¹⁰⁷. Le Conseil d'Etat en est ainsi venu à devoir concilier les exigences tenant à la construction de l'Union avec celles afférentes à l'article 8 de la Convention.

Dans une première affaire où l'administration refusait l'octroi d'un visa de court séjour à l'époux étranger d'une ressortissante française au motif unique de son signalement SIS, la juridiction suprême administrative se déclare toutefois compétente pour contrôler la décision préfectorale sur le fondement du droit au respect de la vie familiale de la requérante. A ce titre, et afin d'effectuer le contrôle de proportionnalité, il enjoint le ministre de lui communiquer les motivations du signalement sur le fichier informatique, informations qui ne sont pas disponibles en tant que telles¹⁰⁸. La Cour EDH avait d'ailleurs souligné à ce titre que les motivations du signalement SIS « *n'ont pas à être communiqués à l'étranger concerné en vertu de l'article 6 §1 de la Convention puisque les décisions relatives à l'entrée, au séjour et à l'éloignement des étrangers n'emportent pas contestation sur des droits ou obligations de caractère civil ni n'ont trait au bien-fondé d'une accusation en matière pénale, au sens de l'article 6 § 1 de la Convention* »¹⁰⁹. Le raisonnement du Conseil d'Etat ne s'inscrit pourtant pas dans une interprétation constructive de cette garantie, puisque la réclamation des éléments ayant entraîné le signalement de l'individu est seulement faite à des fins d'analyse juridictionnelle des exigences afférentes à l'article 8 CEDH

¹⁰⁷ Convention d'application de l'Accord de Schengen du 14 juin 1985 entre les gouvernement des États de l'Union économique Benelux, de la République fédérale d'Allemagne et de la République française relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes, 19 juin 1990, JO n° L 239 du 22.09.2000 p. 0019 – 0062, Article 5 §1 e

¹⁰⁸ CE, 25 oct. 2000, *Mme Cucicea-Lamblot*, req. 21231

¹⁰⁹ CEDH, dec. d'irr., 02 février 2010, *Daléa c. France*, req. 964/07, §1

(l'injonction permettant finalement au Conseil d'Etat de constater la violation de cette disposition par l'opposition seule du signalement SIS à des fins de refus de visas).

La même conclusion s'est imposée dans une autre espèce, où le refus d'admission d'un ressortissant étranger marié à une ressortissante française était encore motivé, notamment par son signalement dans le SIS par l'Allemagne. Pour le Conseil d'Etat, « dans ces conditions, et en l'absence de toute allégation sur la menace que la présence de M. X sur le territoire français pourrait faire peser sur l'ordre public, le refus de délivrance du visa de court séjour en France a porté au droit de M. X au respect de sa vie familiale une atteinte disproportionnée aux buts en vue desquels ce refus lui a été opposé et a, par suite, méconnu les stipulations de l'article 8 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. »¹¹⁰ En d'autres termes, une décision de refoulement ou de refus de visa ne peut se fonder sur le seul motif du signalement SIS, sans violer l'article 8 lorsque ce dernier est applicable. Par là même, le Conseil d'Etat respecte tant les exigences inhérentes à l'Espace Schengen – puisqu'il ne déclare pas l'inopérance en soi du mécanisme de signalement – que celle issue des exigences conventionnelles – puisqu'il garantit la réalisation d'un test de proportionnalité et d'une motivation suffisante au regard de la décision administrative concernée.

Sans nier l'intérêt de l'exercice de conciliation ainsi effectué, on observera cependant qu'il est en réalité permis par l'économie même de la convention d'application de l'accord Schengen. En effet, l'automatisme du refus d'admission à raison d'un signalement SIS est tempérée par la faculté de dérogation ouverte aux Etats parties « pour des motifs humanitaires ou

¹¹⁰ CE, 30 juil. 2003, *Sankaya*, req. n° 233074

d'intérêt national ou en raison d'obligations internationales »¹¹¹. Le juge administratif avait donc latitude de faire relever de cette dernière justification l'article 8 de la CEDH et l'ensemble de ses implications en droit des étrangers, sans avoir à introduire par lui-même une entorse aux principes de la gestion solidaire des frontières externes.

Un nouvel exemple du travail de conciliation du juge administratif s'est récemment manifesté, à l'occasion de l'examen de la loi de transposition de la Directive 2008/115 relative au retour des étrangers en situation de séjour irrégulier¹¹² et plus particulièrement du régime de l'interdiction de retour dont peut ou doit s'assortir une décision d'éloignement. Si la directive, en son article 11§3 permet aux Etats de s'abstenir d'imposer, de lever ou de suspendre une telle mesure « *pour des motifs humanitaires, dans des cas particuliers* »¹¹³, le législateur français s'est borné à préciser que « *l'interdiction de retour et sa durée sont décidées par l'autorité administrative en tenant compte de la durée de présence de l'étranger sur le territoire français, de la nature et de l'ancienneté de ses liens avec la France, de la circonstance qu'il a déjà fait l'objet ou non d'une mesure d'éloignement et de la menace pour l'ordre public que représente sa présence sur le territoire français (...)* »¹¹⁴. La

¹¹¹ Convention d'application de l'Accord de Schengen du 14 juin 1985 entre les gouvernement des États de l'Union économique Benelux, de la République fédérale d'Allemagne et de la République française relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes, 19 juin 1990, JO n° L 239 du 22.09.2000 p. 0019 – 0062, Article 5 §2

¹¹² Directive 2008/115/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2008 relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier, JO L 348 du 24.12.2008, p. 98–107

¹¹³ Ibid., Article 11 §3

¹¹⁴ Article L 511-1 CESEDA

question de la compatibilité d'une telle interdiction avec les exigences conventionnelles afférentes au droit au respect de la vie privée et familiale demeurerait donc, ni la norme européenne ni la loi de transposition nationale n'abordant explicitement cette interaction possible. En l'absence pour l'heure d'un dialogue effectif entre le juge conventionnel et le juge de l'Union sur ce point, le Conseil d'Etat s'est donc chargé de conjuguer directement les impératifs d'une politique de retour efficace et ceux d'un juste respect des droits de l'homme. Son avis *Harounur*¹¹⁵ affirme ainsi la compétence du juge de l'excès de pouvoir pour « *rechercher si les motifs qu'invoque l'autorité compétente sont de nature à justifier légalement dans son principe et sa durée la décision d'interdiction de retour et si la décision ne porte pas au droit de l'étranger au respect de sa vie privée et familiale garanti par l'article 8 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales une atteinte disproportionnée aux buts en vue desquels elle a été prise* »¹¹⁶. En ce sens, le conflit potentiel entre les droits européens est immédiatement dénoué par le juge administratif.

Mais dans d'autres contextes, ce sont les juges européens qui sont intervenus.

2 – Des conflits désamorçés par l'intervention des juges européens

La création d'une politique d'asile commune aux Etats membres de l'Union européenne s'est traduite par l'adoption d'un mécanisme de coordination de l'examen des demandes d'asiles. Matérialisé aujourd'hui par le système dit Dublin II, le

¹¹⁵ CE, avis, 12 mars 2012, *Rashid Harounur*, n°354165.

¹¹⁶ CE, avis, 12 mars 2012, *Rashid Harounur*, n°354165

Règlement 343/2003¹¹⁷ détermine à cette fin les modalités de désignation de l'Etat responsable de l'analyse de la requête, au moyen de critères objectifs énumérés directement par la norme. Ainsi, « *la demande d'asile est examinée par un seul État membre, qui est celui que les critères énoncés (...) désignent comme responsable* », ce qui se traduit concrètement par le dessaisissement d'un Etat au profit d'un autre lorsque ce dernier est désigné comme seul compétent au regard des critères établis par le Règlement. Malgré tout, l'existence d'une réserve de souveraineté au sein de la norme européenne lui confère la souplesse nécessaire, le règlement Dublin affirmant que « *chaque État membre peut examiner une demande d'asile qui lui est présentée par un ressortissant d'un pays tiers, même si cet examen ne lui incombe pas en vertu des critères fixés dans le présent règlement* »¹¹⁸. Cette clause est donc de nature à permettre aux Etats de respecter leurs engagements conventionnels au regard notamment de l'article 3 de la CEDH.

En effet, sur ce fondement, il est fait interdiction aux Etats parties de procéder à l'extradition, au refoulement ou à l'expulsion d'un étranger vers un Etat où il serait susceptible d'être victime de traitements contraire à l'article 3¹¹⁹. Et si dans

¹¹⁷ Règlement (CE) n° 343/2003 du Conseil du 18 février 2003 établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée dans l'un des États membres par un ressortissant d'un pays tiers, JO L 50 du 25.2.2003, p. 1–10

¹¹⁸ Règlement (CE) n° 343/2003 du Conseil du 18 février 2003 établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée dans l'un des États membres par un ressortissant d'un pays tiers, JO L 50 du 25.2.2003, p. 1–10, Article 3 §2

¹¹⁹ CEDH, 7 juillet 1989, Soering c/ Royaume-Uni, req. 14038/88. V. également CEDH, 20 mars 1991, Cruz Varas et autres c/ Suède, req. 15576/89, concernant une expulsion et CEDH, 30 octobre 1991, Vilvarajah et autres c/ Royaume-Uni, req. 13163/87, concernant une procédure de refoulement.

un premier temps « *la garantie de l'article 3 ne jouait pas quand le pays de destination était un Etat partie à la CEDH ayant reconnu le droit de recours individuel* »¹²⁰, la Cour est finalement revenue sur cette position délicate¹²¹. Par conséquent, le transfert d'un demandeur d'asile vers un autre Etat membre de l'Union pourrait s'inscrire en violation de la jurisprudence du juge de Strasbourg, encore que, dans le contexte du système Dublin, la Cour européenne ait ensuite semblé poser une « *présomption de confiance* » au bénéfice des Etats de l'Union liés par la politique d'asile commune. En effet, la décision *K.R.S.*¹²² avait conclu à l'irrecevabilité d'une requête fondée sur l'article 3 CEDH et dirigée contre une décision de transfert d'un demandeur d'asile du Royaume-Uni vers la Grèce, « *au motif qu'il était permis de supposer que la Grèce, liée à la fois par les directives de l'Union et les normes substantielles et procédurales de la Convention, s'acquitterait de ses obligations en matière d'asile* »¹²³.

C'est donc dans le contexte de ces quelques flottements jurisprudentiels que certains Etats membres – dont la France – ont développé une analyse particulière du Règlement 343/2003, allant dans le sens d'une automatisation des transferts, sans usage de la clause de souveraineté ni censure par le juge national de son inapplication¹²⁴. Ainsi le Conseil d'Etat, statuant en

¹²⁰ F. Sudre, *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, 10ème éd., 2011, p. 668. En ce sens, v. not. Com., déc., 2 décembre 1986, K. et F. C/ Pays-bas, req. 12543/86

¹²¹ CEDH, déc. d'irr., T.I. C/ Royaume-Uni, req. 43844/98

¹²² CEDH, déc. d'irr., 2 déc. 2008, *K.R.S. c/ Royaume-Uni*, n° 32733/08

¹²³ C. Picheral, « Les Etats membres de l'Union, des Etats sûrs au regard du droit d'asile? Regards croisés sur une présomption recadrée », *Mélanges Masclat*, Dalloz, à paraître.

¹²⁴ C. Picheral, « Le droit d'asile en Europe: une garantie relative », *Annuaire français de relations internationales*, 2011 vol. 12, Bruylant, 2012.

référé, a-t-il tout d'abord jugé que le renvoi d'un demandeur d'asile vers la Grèce ne constituait pas une violation du droit d'asile au motif que « *la Grèce est un Etat membre de l'Union européenne et partie tant à la convention de Genève du 28 juillet 1951 sur le statut des réfugiés, complétée par le protocole de New York, qu'à la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ; qu'il en résulte que M. A n'est pas fondé à se prévaloir, à partir de documents d'ordre général, des modalités d'application des règles relatives à l'asile par les autorités grecques pour soutenir que sa réadmission en Grèce serait, par elle-même, constitutive d'une atteinte grave au droit d'asile* »¹²⁵. Si le Conseil d'Etat a malgré tout parfois constaté une violation du droit d'asile¹²⁶, c'est au moyen d'une analyse poussée de la situation d'espèce, analyse qui reste donc fondée à la base sur une présomption forte de respect des droits du requérant dans les autres Etats membres de l'Union. Pourtant, le respect des exigences européennes au regard d'une telle approche pouvait apparaître discutable et aurait pu conduire le Conseil d'Etat à opérer un renvoi préjudiciel concernant l'articulation du régime de Dublin avec les garanties conventionnelles.

La Cour européenne s'est au demeurant employée à recadrer les implications qui avaient pu être données, au sein des administrations et juridictions nationales, à sa jurisprudence *K.R.S.*, dans la retentissante affaire *M.S.S.* Saisie d'une procédure de transfert de la Belgique vers la Grèce en application du Règlement 343/2003, le juge de Strasbourg rejette en effet les arguments que le gouvernement belge prétendait tirer de ce « précédent » et saisit par ailleurs

¹²⁵ CE, 6 nov. 2009, req. n° 332917. V. également, CE, 6 novembre 2009, req. n° 332918.

¹²⁶ CE, 20 mai 2010, n° 339478.

l'occasion de récuser l'idée selon laquelle l'acte communautaire ferait obligation aux Etats membres de procéder à renvoi vers la République hellénique, malgré les risques de traitements contraires à l'article 3. Pour la Cour européenne, ils ne sauraient être exonérés de toute responsabilité puisque « *l'article 3 § 2 du règlement « Dublin » prévoit que, par dérogation à la règle générale inscrite à l'article 3 § 1, chaque Etat membre peut examiner une demande d'asile qui lui est présentée par un ressortissant d'un pays tiers, même si cet examen ne lui incombe pas en vertu des critères fixés dans le règlement. Il s'agit de la clause dite de souveraineté* »¹²⁷. En conséquence, « *les autorités belges auraient pu, en vertu du règlement, s'abstenir de transférer le requérant si elles avaient considéré que le pays de destination, en l'occurrence la Grèce, ne remplissait pas ses obligations au regard de la Convention* »¹²⁸. En d'autres termes, il n'existe aucune contradiction entre la norme européenne en tant que telle et les exigences conventionnelles ; seules sont en cause les différentes pratiques nationales qui, suite à une mauvaise interprétation des exigences européennes, n'appliquent pas de manière effective le Règlement 343/2003, censé pourtant leur permettre de respecter l'article 3 au moyen de la clause de souveraineté.

Si le Conseil d'Etat n'a pas vraiment modifié sa jurisprudence, continuant de développer une conception ferme du principe de confiance légitime entre les Etats de l'Union¹²⁹, cette vision de l'articulation entre les droits européens a été solennellement confirmée par la Cour de justice, dans l'arrêt

¹²⁷ CEDH, 21 janvier 2011, *MSS c/ Belgique et Grèce*, req. 30696/09, §339 (*JCP G.*, 2011, act. 124, C. Picheral)

¹²⁸ Ibid. §340

¹²⁹ CE, 21 mars 2011, *Negmatullah A.*, req. 346164,; CE, 21 mars 2011, *Diana A.*, req. 347232,

*N.S.*¹³⁰. Certes, pour cette dernière, il « doit être présumé que le traitement réservé aux demandeurs d'asile dans chaque État membre est conforme aux exigences de la charte, à la convention de Genève ainsi qu'à la CEDH »¹³¹ mais il « ne saurait, cependant, être exclu que ce système rencontre, en pratique, des difficultés majeures de fonctionnement dans un État membre déterminé, de sorte qu'il existe un risque sérieux que des demandeurs d'asile soient, en cas de transfert vers cet État membre, traités d'une manière incompatible avec leurs droits fondamentaux »¹³². Renvoyant à ce titre aux conclusions de l'arrêt *M.S.S.* concernant la Grèce et donnant alors à l'article 4 de la Charte des droits fondamentaux le même sens et la même portée qu'à l'article 3 CEDH, la Cour de justice consacre l'existence d'une obligation communautaire de non-transfert lorsque le renvoi d'un demandeur d'asile vers l'Etat membre désigné comme compétent au regard des critères Dublin II exposerait l'intéressé à une violation manifeste de ses droits fondamentaux, en raison d'une « défaillance systémique de la procédure d'asile et des conditions d'accueil des demandeurs d'asile ». Dans une telle situation dont il lui appartient de s'assurer (conformément là encore à la logique développée par le juge de Strasbourg), l'Etat concerné doit poursuivre l'examen des critères fixés afin de vérifier si un autre Etat ne devrait pas être tenu pour responsable de l'instruction de la demande et recourir à la clause de souveraineté, si la procédure menace de devenir déraisonnablement longue.

Le dialogue est donc ici complet et c'est conjointement que les juges européens désamorcent le conflit généré par les

130 CJUE, 21 décembre 2011, *N.S. contre Secretary of State for the Home Department*, aff. C-411/10, *RTDH*, 2012, pp. 163-166, chron. IDEDH.

131 Ibid., pt. 80

132 Ibid., pt. 81

pratiques nationales. Au final, « *il est rare que les deux Cours suprêmes européennes aient l'occasion d'entretenir un dialogue aussi direct, constructif et harmonieux* »¹³³.

SECTION II – DE LA PLURALITE DES JUGES NATIONAUX IMPLIQUES DANS LE PROCESSUS D'EUROPEANISATION

Si le caractère dissymétrique du processus d'eupéanisation réduit fortement les possibilités de conflits à arbitrer pour le juge administrative, d'autres points d'achoppement peuvent exister au sein de son ordre juridique interne, malgré le caractère globalement bilatéral du dialogue. Ainsi, l'articulation des jurisprudences européennes avec celles du Conseil constitutionnel peut soulever des difficultés d'interprétation pour le juge administratif (Paragraphe 1). Il en va de même dans les relations du Conseil d'Etat avec l'ordre administratif et judiciaire (Paragraphe 2). Par là même, nous assistons à un véritable redéploiement interne des interlocuteurs prenant part au dialogue dans le contexte de l'eupéanisation du droit administratif.

§ I – L'IMMIXTION POSSIBLE DU JUGE CONSTITUTIONNEL DANS LE DIALOGUE

L'intervention du juge constitutionnel dans le dialogue découle d'une possible contrariété entre les ordres juridiques,

¹³³ F. Gazin, « Du bon emploi du règlement Dublin II sur la détermination de l'Etat européen responsable d'une demande d'asile: quand l'affaire NS du 21 décembre 2011 remet à l'honneur les valeurs européennes essentielles... », *Europe*, mars 2012, étude 4.

soit parce qu'une loi a été jugée inconstitutionnelle alors que le Conseil d'Etat l'avait appréciée conforme à la CEDH (A), soit parce qu'un texte national est sanctionné par la Cour EDH alors que la jurisprudence du Conseil Constitutionnel préservait ce domaine (B). Par là même, le Conseil Constitutionnel devient un interlocuteur supplémentaire dans le contexte du dialogue.

A – Le contexte d'une loi supposée conventionnelle mais jugée inconstitutionnelle

La question de la cristallisation des pensions de retraite des fonctionnaires a nourri un long contentieux en droit interne auxquels les juges européens n'ont pas pris part. Ainsi, si la Cour EDH a bien été saisie de cette question, elle n'a pas eu l'occasion pour l'heure de se prononcer sur ces affaires¹³⁴. D'une manière générale, ce contentieux concerne le refus de la revalorisation des pensions des anciens militaires ressortissants d'anciennes colonies au motif qu'ils ne sont plus ressortissants français suite à l'accession à l'indépendance de leur Etat d'origine. Saisi de la question, le Conseil d'Etat a eu à trancher la question de la conventionnalité de ces dispositions avec la CEDH et plus précisément avec l'article 1 Protocole 1 combiné avec l'article 14. Le premier requérant, M. Diop, s'estimait en effet victime d'une discrimination fondée sur la nationalité au regard de l'invariabilité du montant des prestations sociales qui lui étaient versées suite à la perte de la qualité de ressortissant français. Depuis 1996¹³⁵, il ne faisait plus de doute que le texte

¹³⁴ En ce sens v. CEDH, déc. irrecevabilité, 20 avril 2010, *El Orabi c/ France*, req. N° 20672/05 où la Cour rejette la requête en raison du non épuisement partiel des voies de recours internes.

¹³⁵ CEDH 16 septembre 1996, *Gayguzuz c/Autriche*, Rec. 1996, IV, n° 14, D. 1998,438, note J.-P. Marguénaud, J. Mouly

conventionnel revêtait une dimension sociale¹³⁶ en ce sens qu'il « *est acquis que la Convention européenne des droits de l'homme et précisément la combinaison des articles 14 de la Convention et 1 du Protocole additionnel n° 1 peuvent être utilement invoquées devant chacune des deux juridictions en matière de prestations sociales* »¹³⁷. Sur ce fondement, il apparaissait sans doute également évident pour le Conseil d'Etat qu'une pension allouée à une militaire à la retraite constituait un bien au sens de l'article 1 Protocole 1, compte tenu des développements conséquents de la Cour EDH et du Conseil d'Etat lui-même sur l'applicabilité du droit de propriété au moment du recours¹³⁸. La question essentielle était donc celle de l'existence d'un traitement discriminatoire injustifié, généré par l'application du critère de nationalité. Sur ce point, le Conseil d'Etat censure sans appel le régime législatif français les dispositions concernées étant incompatibles avec les dispositions conventionnelles en cause¹³⁹. La décision du Conseil d'Etat a nécessairement entraîné une réponse du législateur qui, en 2002, introduit un mécanisme de dé cristallisation partielle tout en substituant au critère de nationalité un critère de résidence pour fixer le montant de la

¹³⁶ F. Sudre, La perméabilité de la Convention européenne des droits de l'homme aux droits sociaux, in *Etudes offertes à J. Mourgeon*, Pouvoir et liberté, Bruylant, Bruxelles, 1998, p. 467

¹³⁷ I. Daugareilh, « L'incompatibilité de la loi de cristallisation des pensions militaires avec la Convention européenne des droits de l'homme », *RDSS*, 2002, p. 611

¹³⁸ V. par exemple CEDH 16 septembre 1996, *Gayguzuz c/Autriche* (allocation sociale d'urgence) ; CEDH, 28 décembre 2000, *Dimitrios Georgadis* (pension d'un magistrat) ; CE Ass. 11 juill. 2001, *Préaud* (prime d'un militaire).

¹³⁹ CE, Ass., 30 novembre 2001, *Ministre de la défense c. M. Diop*, req. 212179, *GAJA*, 18ème éd., 2011, 108)

pension au moment de la liquidation de celle-ci¹⁴⁰. Cette modification avait déjà été évoquée par le rapporteur public Jean Courtial qui avait invité la haute juridiction administrative à réaliser elle-même la modification. Non suivi par le Conseil d'Etat sur ce point, c'est donc le législateur qui a procédé à cette substitution de critères. Bien que la question de la persistance de la violation de la CEDH malgré cette modification ait été soulevée dès l'origine¹⁴¹, le Conseil d'Etat a finalement jugé de la conformité de ce régime avec l'article 1 protocole 1 combiné avec l'article 14¹⁴².

Mais cette déclaration de conventionnalité finit malgré tout par s'opposer à la jurisprudence du Conseil Constitutionnel. En effet, saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité relative à la conformité de la loi de finance rectificative de 2002 notamment, avec le principe d'égalité devant la loi tel qu'affirmé par l'article 6 de la DDHC, ce dernier va constater l'existence d'une violation de la Constitution. Pour le Conseil Constitutionnel, la consécration du critère de résidence ne conduit pas à effacer concrètement l'existence d'une discrimination en raison de la nationalité. Ainsi, « *si le législateur pouvait fonder une différence de traitement sur le lieu de résidence en tenant compte des différences de pouvoir d'achat, il ne pouvait établir, au regard de l'objet de la loi, de différence selon la nationalité entre titulaires d'une pension civile ou militaire de retraite payée sur le budget de l'État ou d'établissements publics de l'État et résidant dans un même pays*

¹⁴⁰ Loi de finances rectificative pour 2002 (n° 2002-1576 du 30 décembre 2002), Article 68

¹⁴¹ En ce sens, v. I. Daugareilh, « L'incompatibilité de la loi de cristallisation des pensions militaires avec la Convention européenne des droits de l'homme », *préc.*

¹⁴² CE (avis), 10 juillet 2006, *Ka*, rec. 349 et CE, 18 juillet 2006, *GISTI*, req. 286122.

étranger »¹⁴³. Cette solution a généré nécessairement une position délicate pour le juge administratif. L'affirmation préalable de la conventionnalité du critère de résidence lui permettait de procéder à la préservation du mécanisme budgétaire, ce qu'il ne peut désormais plus faire du point de vue constitutionnel. D'une manière générale, cet exemple témoigne bien du nécessaire dialogue que va devoir entretenir le Conseil d'Etat avec le Conseil Constitutionnel afin de ne pas produire des jurisprudences légitimant au regard de la Convention des lois qui s'inscriraient en violation de la Constitution. Mais en l'occurrence, son intérêt va au-delà, puisque dans son arrêt ultérieur *M' Rida*, le Conseil d'Etat constate désormais la violation des dispositions combinées de l'article 14 et de l'article 1 Protocole I par le dispositif français¹⁴⁴. En d'autres termes, la décision d'inconstitutionnalité prise au Palais Montpensier a sans doute eu pour effet de favoriser un revirement de jurisprudence au Palais Royal sur le terrain de la conventionnalité. C'est dire si l'intervention du juge constitutionnel peut avoir – du moins indirectement et de manière supposée – des incidences profondes quant à l'appréciation de la compatibilité d'une loi avec la CEDH. S'illustre ainsi *« l'intérêt de préciser la nature exacte du contrôle de conventionnalité, a fortiori dans un contexte marqué par l'émergence d'un contrôle de constitutionnalité a posteriori. Et la présente affaire fait apparaître que le premier peut prendre, dans certains cas, le relais du second »* en ce qu'il *« est tout entier tourné vers un litige qu'il permet d'épuiser »*¹⁴⁵. Par là même, le dialogue s'en trouve nécessairement renouvelé.

¹⁴³ Décision n° 2010-1 QPC du 28 mai 2010, Consorts L.

¹⁴⁴ CE, Ass., 13 mai 2011, *Mme M'Rida*, req. 316734

¹⁴⁵ Conclusion du Rapporteur public Edouard Geffray sous l'affaire CE, Ass., 13 mai 2011, *Mme M'Rida*, *RFDA*, 2011, p. 789. V. également sur la

B – Le contexte d'une loi jugée constitutionnelle mais déclarée inconstitutionnelle

La thématique d'une loi constitutionnelle ultérieurement déclarée inconstitutionnelle s'est rencontrée de manière particulière dans le contentieux des lois de validation. Ces lois rétroactives, susceptibles de modifier l'issue d'une procédure en cours, ont ainsi été appréhendées par la juge européen principalement sous l'angle de l'article 6 §1 CEDH. A ce titre, si le droit a un procès équitable ne prohibe pas en soit l'intervention du législateur dans ce contexte¹⁴⁶, il n'en reste pas moins que les juridictions nationales ont, dans un premier temps, exercé un contrôle relativement restreint sur ce type de pratiques législatives aboutissant peu fréquemment à des constats de violation¹⁴⁷. D'une manière générale, le Conseil Constitutionnel avait posé différents critères relatifs essentiellement au fait que « *la rétroactivité de la mesure de validation ne doit pas intervenir en matière pénale, ni méconnaître le principe de l'autorité de la chose jugée, elle doit répondre à des motifs d'intérêt général ou à une exigence constitutionnelle* »¹⁴⁸. C'est

complémentarité en l'occurrence des contrôles de constitutionnalité et de constitutionnalité, X. Dupré de Boulois, L. Milano, « Jurisprudence administrative et CEDH », *RFDA*, 2012, à paraître.

¹⁴⁶ CEDH, 23 octobre 1997, *Provincial Build Society et autres c/ Royaume-Uni*, req. 21319/93

¹⁴⁷ Ainsi, dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel, « *entre 1980 et 1999 seules deux décisions ont censuré des validations législatives* » (L. Milano, « Les lois rétroactives, illustration de l'effectivité du dialogue des juges », *RFDA*, 2006, p. 447) à savoir les décisions : Cons. const., 28 déc. 1995, n° 95-369 DC, *Loi de finances pour 1996*, Rec. p. 257 et Cons. const., 18 déc. 1998, n° 98-404 DC, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 1999*

¹⁴⁸ L. Milano, « Les lois rétroactives, illustration de l'effectivité du dialogue des juges », *préc.*

justement ce critère de l'intérêt général qui pouvait poser problème du point de vue de la jurisprudence interne, y compris concernant le Conseil d'Etat, ce dernier calquant son contrôle des lois de validation au regard de l'article 6 §1 CEDH sur celle du Conseil Constitutionnel. La juridiction administrative estimait ainsi que « *l'Etat ne peut, sans les méconnaître, porter atteinte au droit de toute personne à un procès équitable en prenant des mesures législatives à portée rétroactive dont la conséquence est une modification des règles que le juge doit appliquer pour statuer sur des litiges dans lesquels l'Etat est partie sauf lorsque l'intervention de ces mesures est justifiée par des motifs d'intérêt général* »¹⁴⁹. Il faut dire que la jurisprudence du Conseil Constitutionnel réduisait sans doute la marge de manœuvre pour le juge administratif – bien avant la mise en place de la question prioritaire de constitutionnalité – en ce sens qu'il lui devenait « *particulièrement difficile de mettre en cause des justifications d'intérêt général que le juge constitutionnel aurait admises* »¹⁵⁰.

Mais cette convergence des jurisprudences nationales pose nécessairement un problème d'articulation avec le système conventionnel en cas de contrariété manifeste avec la jurisprudence de la Cour EDH. Le Conseil d'Etat était dès lors placé face à une sorte de conflit, en ce qu'il ne pourrait pas inscrire sa jurisprudence en violation de l'article 6 §1 de la Convention mais que, par ailleurs, une évolution de son contrôle sous l'impulsion de la Cour EDH se traduirait en un rejet de l'analyse constitutionnelle. Ce risque, qui avait pourtant déjà été

¹⁴⁹ CE, avis, 5 décembre 1997, JO du 23 décembre 1997.18726

¹⁵⁰ B. Mathieu, « Valeur et portée des validations législatives devant le juge constitutionnel : un nouvel équilibre entre les considérations liées à l'intérêt général et celles relatives à la garantie des droits ? » A propos des décisions 97-390 DC du 19 novembre 1997 et 97-393 DC du 18 décembre 1997», *RFDA*, 1998, p. 148

mis en lumière¹⁵¹, se matérialise finalement avec la jurisprudence Zielinsky¹⁵² où la juridiction européenne sanctionne une loi de validation française, pourtant préalablement déclarée constitutionnelle¹⁵³. Sur cette question, elle estime ainsi de manière lapidaire que « *la décision du Conseil constitutionnel ne suffit pas à établir la conformité de l'article 85 de la loi du 18 janvier 1994 avec les dispositions de la Convention* »¹⁵⁴. Pour le Conseil Constitutionnel, la loi se fondait sur un motif d'intérêt général, matérialisé par les « *conséquences financières préjudiciables à l'équilibre des régimes sociaux en cause.* »¹⁵⁵ Or, pour la Cour européenne, un motif financier ne peut pas à lui seul justifier l'adoption d'une loi de validation¹⁵⁶. Cette interprétation est logique au regard des critères appliqués par la Cour EDH dans l'appréciation de la conformité de l'intervention du législateur en cours de procédure judiciaire avec les exigences de l'article 6 §1. Globalement, cette appréciation se fait autour de « *la triple condition du caractère non définitif de la procédure juridictionnelle, de la proportionnalité de l'atteinte au droit d'accès à un tribunal et de l'existence d'un 'motif d'intérêt général impérieux'* »¹⁵⁷. La modulation immédiate de la

¹⁵¹ Ibid.

¹⁵² CEDH, 28 octobre 1999, *Zielinsky et Pradal & Gonzalez et autres c/ France*, req. 24846/95, 34165/96 et 34173/96

¹⁵³ Cons. Const., 13 janvier 1994, n°93-332, Loi relative à la santé publique et à la protection sociale

¹⁵⁴ CEDH, 28 octobre 1999, *Zielinsky et Pradal & Gonzalez et autres c/ France*, préc., §59

¹⁵⁵ Cons. Const., 13 janvier 1994, n°93-332, Loi relative à la santé publique et à la protection sociale.

¹⁵⁶ CEDH, 11 avril 2006, *Cabourdin c/ France*, req. 60796/00. V. également CEDH, 9 janvier 2007, *Arnolin et autres c/ France*, req. 20127/03

¹⁵⁷ F. Sudre, *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, 10^{ème} éd., 2011, p. 411

jurisprudence du Conseil Constitutionnel a permis la prise en compte des exigences conventionnelles¹⁵⁸ puisque « *le Conseil exige dorénavant une définition stricte de la portée de la validation ; d'autre part, la notion « d'intérêt général suffisant » pour justifier l'intervention du législateur se substitue à celle d'« intérêt général » simple, ce qui témoigne d'un renforcement du contrôle* »¹⁵⁹. Cette évolution témoigne bien de l'existence d'un dialogue entre le juge constitutionnel et le juge européen, dont les jurisprudences antérieurement en contrariété se rapprochent désormais. Ce renforcement du contrôle opéré par le Conseil Constitutionnel permettrait donc au juge administratif de ne plus avoir à se positionner face à des divergences de jurisprudences qui l'auraient poussé à effectuer un contrôle de conventionnalité conforme aux critères Zielinsky et parallèlement à réceptionner la jurisprudence du Conseil Constitutionnel en cas de question prioritaire de constitutionnalité sur ce point.

Pour autant, la correspondance de la notion d'intérêt général suffisant avec celle de motif d'intérêt général impérieux reste toujours en suspens¹⁶⁰. Toutefois il aurait été à notre sens particulièrement délicat pour le Conseil Constitutionnel de reprendre au terme près la jurisprudence conventionnelle puisqu'une telle attitude aurait sans doute traduit une soumission de la norme constitutionnelle aux exigences de la Convention

158 Cons. Const., 21 décembre 1999, n°99-422, Loi de financement de sécurité sociale pour 2000. V. également Cons. Const., 29 décembre 1999, n°99-425, Loi de finance rectificative pour 1999

159 L. Milano, « Les lois rétroactives, illustration de l'effectivité du dialogue des juges », préc.

160 Le Conseil Constitutionnel, s'il a bien renforcé son contrôle, continue de se référer à cette notion d'intérêt général suffisant. En ce sens, v. Cons. Const., Décision n°2010-53 QPC, 14 octobre 2010, *Société Plombinoise de Casino* et Cons. Const., Décision n°2011-166 QPC, 23 septembre 2011, *M. Yannick N.*

EDH. La position du juge administratif demeurait en conséquence complexe: devait-il reprendre plus directement les termes du juge européen ou poursuivre son travail de transposition de la jurisprudence du Conseil? Son attitude dans l'arbitrage des deux ordres a progressivement évoluée. Ainsi, dans un premier temps, le Conseil d'Etat semblait avoir opté pour la continuité de sa jurisprudence antérieure, en contrôlant les lois de validations au regard notamment d'un intérêt général suffisant¹⁶¹ sans véritablement réaliser un contrôle approfondi de la mesure. Finalement, la juridiction administrative va se distancer de la jurisprudence constitutionnelle en usant finalement du vocabulaire et des techniques de la Cour EDH dans le contexte de l'article 6 §1¹⁶². Ainsi, dans le cadre de l'avis Provin, « *le Conseil d'Etat non seulement confirme solennellement l'adoption du critère de "l'impérieux motif d'intérêt général" mais surtout (...) applique la même grille d'analyse que la Cour européenne pour déterminer la finalité de l'immixtion du législateur dans le cours de la justice (...)* »¹⁶³. Par là-même, sa tolérance passée vis-à-vis des lois de validation s'estompe, ce dernier n'hésitant plus à prononcer la contrariété d'une loi de validation avec les exigences de l'article 6§1 CEDH. En témoigne l'affaire afférente au contrat de concession entre

161 CE, Ass., 5 décembre 1997, *Lambert* req. n° 140032 (AJDA 1998, p. 149). V. également CE, avis, 5 déc. 1997, *Ministre de l'Education nationale, de la Recherche et de la Technologie c/ Organisme de gestion des écoles catholiques de Saint-Sauveur-le-Vicomte*, req. N° 188530 (AJDA 1998, p. 97). Pour une jurisprudence postérieure à l'arrêt *Zelinsky*, v. CE, 28 juil. 2000, *Tête, Association du collectif pour la gratuité contre le racket*, req. n° 202798 et 202872 (AJDA 2000, p. 796)

162 CE, 23 juin 2004, *Société Laboratoire Genevrier*, Lebon p. 256 (RDSS 2004, p. 914). V. également CE, Ass., avis, 27 mai 2005, *Provin*, Lebon p. 212 (RFDA 2005, p. 1003).

¹⁶³ L. Milano, « Les lois rétroactives, illustration de l'effectivité du dialogue des juges », préc.

ASF et l'Etat pour la réalisation et l'exploitation d'un tronçon autoroutier, dont certains avenants litigieux ont été validé par une loi rétroactive. Notamment saisie de la conformité de cette loi de validation avec la CEDH, le Conseil d'Etat en prononce la sanction sur ce fondement, estimant notamment « *que les motifs invoqués en l'espèce, tenant en particulier à la nécessité d'assurer la réalisation du projet autoroutier dans les meilleurs délais, ne revêtent pas un caractère impérieux d'intérêt général susceptible de justifier les atteintes ainsi portées au droit à un procès équitable* »¹⁶⁴. Il n'en reste pas moins que le risque de contrariété entre la jurisprudence du Conseil Constitutionnel et celle du juge européen reste présent. En témoigne la réponse du Conseil Constitutionnel à la question prioritaire de constitutionnalité afférente à la validation rétroactive de certains prélèvements sur l'activité de jeux. Pour le Conseil constitutionnel, le motif d'intérêt général suffisant est constaté par la circonstance que l'aboutissement des requêtes « *eu égard aux montants financiers en jeu, aurait pu entraîner, pour l'État et les autres bénéficiaires des produits en cause, des conséquences gravement dommageables* »¹⁶⁵. Compte tenu de la réticence de la Cour européenne à voir dans les intérêts financiers de l'Etat un motif impérieux d'intérêt général¹⁶⁶, il est possible de douter de la conventionnalité d'une telle jurisprudence. Toujours est il que l'adoption de la jurisprudence du juge européen par le Conseil d'Etat serait de nature à lui permettre de sanctionner une telle législation pour violation de l'article 6 §1 tout en réceptionnant la déclaration de constitutionnalité. Il n'en reste pas moins que l'intervention du

¹⁶⁴ CE, 8 avril 2009, *Association Alcaly*, req. 290694

¹⁶⁵ Cons. Const., Décision n°2010-53 du 14 octobre 2010, *Société Plombinoise de Casino*, pt. 6

¹⁶⁶ En ce sens, v. CEDH, 23 juillet 2009, *Joubert c/ France*, req. 30345/05, §60 et CEDH, 25 novembre 2010, *Lilly France c/ France*, req. 20429/07, §51

Conseil Constitutionnel dans le dialogue des juges doit se maintenir et se renforcer dans un souci de cohérence des différentes jurisprudences.

§ II – L'INTERVENTION EVENTUELLE D'UN AUTRE JUGE ORDINAIRE DANS LE DIALOGUE

Le processus d'eupéanisation du droit administratif peut également s'inscrire dans l'ordre interne autour d'un phénomène de concurrence des juges, au sein même de l'ordre juridictionnel administratif voire avec l'ordre judiciaire (dans la mesure notamment où l'éventuelle dimension à la fois administrative et pénale de certaines matières peut conduire à analyse parallèle de problèmes similaires du point de vue des droits européens). Aussi faut-il considérer non seulement les relations entre le Conseil d'Etat et les juridictions administratives inférieures (A), mais aussi pointer de possibles divergences entre le juge administratif suprême et la Cour de Cassation (B).

A – La place des juridictions administratives inférieures dans le processus de dialogue

Souvent vu comme un rapport entre les juges européens et les juridictions nationales suprêmes, le dialogue des juges peut pourtant s'inscrire dans une dynamique autre, où la place des juges de premier rang s'avère centrale. Cela est notamment le cas lorsque le Conseil d'Etat refuse de suivre les juridictions inférieures : dans ce contexte, l'ouverture du dialogue avec la juridiction européenne concernée devient pour ces dernières un moyen de contournement de la juridiction nationale suprême. Ce phénomène s'est particulièrement illustré dans le domaine de la police de la chasse, avec le contentieux des périodes de chasse.

La directive 79/409¹⁶⁷ relative à la protection des oiseaux sauvages était en effet invoqué par différentes associations écologiques devant plusieurs tribunaux administratifs français aux fins de contester les arrêtés préfectoraux fixant les dates d'ouverture et de clôture de la chasse. A ce titre, les tribunaux administratifs saisis du contentieux vont procéder à l'annulation¹⁶⁸ - ou prononcer des sursis à exécution¹⁶⁹ - de ces actes au motif de la contrariété des décisions préfectorales avec la directive concernée. Or dans un premier temps, leur propre jugement s'est vu réfuté, sinon annulé¹⁷⁰. Ainsi, «*curieusement, plusieurs ordonnances du président de la section du contentieux du Conseil d'Etat ont suspendu plusieurs sursis à exécution d'arrêtés de fermeture de la chasse, au nombre desquels celui prononcé par le TA de Nantes sur les conclusions pourtant remarquablement étayées par des citations de la jurisprudence européenne du Commissaire du gouvernement*»¹⁷¹. C'est face à cette situation que les juridictions inférieures vont se servir du dialogue des juges pour contourner en quelque sorte les appréciations du Conseil d'Etat. Saisi à nouveau d'un recours similaire, le tribunal administratif de Nantes décide ainsi de surseoir à statuer et de soulever directement devant la Cour de justice la question de la compatibilité de l'arrêté préfectoral litigieux avec la Directive oiseaux. Se rangeant du côté des juridictions inférieures, la Cour de justice va alors constater

¹⁶⁷ Directive 79/409/CEE du Conseil, du 2 avril 1979, concernant la conservation des oiseaux sauvages, JO L 103 du 25.4.1979, p. 1-18

¹⁶⁸ En ce sens, v. TA de Lyon, 26 décembre 1989 (v. *Droit de l'environnement*, n°2, avril 1990, p. 28) ; TA Amiens, 4 décembre 1989 ; TA Lyon, 11 janvier 1990

¹⁶⁹ TA de Dijon, ASPAS, 1er octobre 1991 (v. *Droit de l'environnement*, n°10-11, décembre 1991, p. 93)

¹⁷⁰ CE, 27 janvier 1993 ordonnance portant suspensions d'un sursis à exécution

¹⁷¹ R. Romi, *Droit de l'environnement*, Montchrestien, 2010, 7ème ed., p. 365

l'incompatibilité des modes de détermination des périodes d'ouverture de la chasse en France, et par là même, contredire indirectement la position du Conseil d'Etat¹⁷².

Pour autant, cette solution ne va aucunement clôturer le dialogue. En effet, l'intervention du législateur suite à la réponse de la Cour de justice était censée réformer l'échelonnement des dates de chasse¹⁷³. Mais la conventionnalité de cette réforme est à nouveau contestée devant le juge administratif au travers des arrêtés préfectoraux pris sur le fondement du texte législatif de 1994. L'incompatibilité alléguée va cette fois-ci être appréciée différemment selon les Tribunaux administratifs saisis. Si pour certains la loi s'inscrit clairement en contrariété avec la directive oiseau telle qu'interprétée par la Cour de justice¹⁷⁴, pour d'autres elle ne pose aucun problème d'inconventionnalité¹⁷⁵. Ces divergences brouillent l'euphémisation de la matière, qui, suite notamment à l'intervention de la Cour de justice, génère paradoxalement une grande instabilité juridique¹⁷⁶. Tranchant la

¹⁷² CJCE, 19 janvier 1994, *Association pour la protection des animaux sauvages*, aff. 435/92

¹⁷³ Loi n°94-591 du 15 juillet 1994 fixant les dates de clôture de la chasse des oiseaux migrateurs

¹⁷⁴ TA d'Amiens, 8 février 1996, *ASPAS c. Préfet de l'Aisne*, n°952132 ; TA de Nantes, 21 mars 1996, *ASPAS et Fédération départementale des chasseurs de la Mayenne et de la Sarthe*, n°93.354, 95.205, 96.699. Le TA d'Amiens estime ainsi clairement que « le Préfet ne peut méconnaître l'objectif de protection complète ainsi fixé par la directive du 2 avril 1979 lorsqu'il apprécie la situation locale pour décider de ne pas déroger au régime national de clôture échelonnée de la chasse au gibier d'eau (...) » (Pour les jugements complets v. *RJE*, 1996, 1-2, p. 121)

¹⁷⁵ TA de Poitiers, 6 novembre 1997, *ASPAS c. Préfet de la Charente-Maritime*, n°96364; TA de Lyon, 8 octobre 1997, *ASPAS*, n°9604192 (Pour les jugements complets, v. *RJE*, 1998, 1-2, p. 9)

¹⁷⁶ Preuve en est le débat dans la *RJE* où est publié une lettre de M. Daillant, Président de l'Union des fédérations départementales des chasseurs, qui s'insurge contre le parti pris de la revue, et notamment d'une analyse de la

question, le Conseil d'Etat se range finalement du côté de la persistance de la violation du droit de l'Union¹⁷⁷ et ce, malgré la poursuite des réformes législatives¹⁷⁸. Il prend également le relais des juridictions inférieures en ce qu'il procède directement au dialogue avec la Cour de justice pour l'analyse de la conformité de certains textes¹⁷⁹. La mise en œuvre du dialogue dans le contexte d'une matière saisie par le droit de l'Union peut donc être initialement du fait des juges administratifs du fond. Contournant une jurisprudence contestable au moyen du renvoi à la Cour de justice, ces derniers modifient profondément l'attitude du Conseil d'Etat en la matière et l'invitent non seulement à revoir sa position mais également à prendre part de manière effective au dialogue.

réforme de 1994 par le Professeur Romi qui met en exergue la contrariété de la loi avec le droit de l'Union. M. Daillant signale donc les deux jugements des TA de Poitiers et de Lyon, qui contredisent cette analyse. (*RJE*, 1998, 1-2, p. 22)

¹⁷⁷ CE, 14 janvier 1998, ASPAS, req. 156325. V. également CAA Paris, 24 septembre 1998, Ministre de l'environnement et FICP

¹⁷⁸ Loi n°98-549 du 3 juillet 1998 relative aux dates d'ouverture anticipée et de clôture de la chasse aux oiseaux migrateurs. Adoptée suite à l'arrêt du Conseil d'Etat de 1998 cette réforme constitue pourtant pour certains «une violation ouverte et volontaire de la directive » (R. Romi, *Droit de l'environnement*, Montchrestien, 2010, 7ème ed., p. 368). Il en sera ainsi jugé par CJCE, 7 décembre 2000, *Commission c/ France*, aff. C-38/99 et dès avant par CE, 3 décembre 1999, *Association ornithologique et mammalogique de Saône-et-Loire et Association France nature environnement*, req. 199622 et 200124 (Leb. p. 379, *RFDA*, 2000, p. 59, concl. Lamy, p. 409, note L. Dubouis, p. 664, note Favoreu ; *RDP* 2000, comm. P. Cassia et E. Saulnier-Cassia ; *AJDA*, 2000, p. 120, chron. M. Guyomar et Collin) où le CE se fonde directement sur la jurisprudence de la Cour de justice.

¹⁷⁹ En ce sens, v. CJCE, 16 octobre 2003, *Ligue pour la protection des oiseaux e.a. contre Premier ministre et Ministre de l'Aménagement du territoire et de l'Environnement*, aff. C-182/02 où la Cour répond au renvoi préjudiciel formulé par le CE et son application CE, 27 février 2004, *Ligue pour la protection des animaux sauvages*, req. 224850

B – L'articulation de la jurisprudence du Conseil d'Etat et de la Cour de Cassation

Parce que certaines législations peuvent nourrir un contentieux tant devant l'ordre judiciaire que devant les juridictions administratives, les positions respectives du Conseil d'Etat et de la Cour de Cassation par rapport à une jurisprudence européenne méritent d'être confrontées.

C'est ainsi le cas dans le contexte de la police des jeux, la législation française disposant à la fois d'un volet administratif – au travers du régime d'autorisation préalable relevant de la compétence réglementaire – et un volet pénal, en cas d'infraction à l'interdiction de prêter l'activité de jeu d'argent. Si les deux juridictions ont eu à cœur d'appliquer la jurisprudence naissante de la Cour de justice dans un premier temps¹⁸⁰, force est de constater que les atermoiements ultérieurs du juge communautaire dans l'analyse de la justification ont provoqué deux perceptions différentes du dialogue. En effet, après avoir semblé dans un premier temps valider les raisons invoquées par les Etats pour justifier les entraves à la libre prestation de service et au droit d'établissement résultant des procédures d'agrément et des monopoles¹⁸¹, la Cour de justice s'est par la suite montrée plus ferme¹⁸², entretenant ainsi la confusion dans la réalisation

¹⁸⁰ Cass. Crim., 22 mai 1997, *Henrik X.*, n°94-85933 et CE, 15 mai 2000, Confédération française des professionnels en jeux automatiques, req. 202666

¹⁸¹ CJCE, 24 mars 1994, *Her Majesty's Customs and Excise contre Gerhart Schindler et Jörg Schindler*, aff. C-275/92, rec. I-1039 ; CJCE, 21 septembre 1999, *Markku Juhani Lääri, Cotswold Microsystems Ltd et Oy Transatlantic Software Ltd contre Kihlakunnansyöttäjä (Jyväskylä) et Suomen valtio (Etat finlandais)*, aff. C-124/97, rec. I-6067

¹⁸² CJCE, 6 novembre 2003, *Procédure pénale contre Piergiorgio Gambelli et autres*, aff. C-243/01, rec. I-13031 ; CJCE, 6 mars 2007, *Procédures*

du test de proportionnalité. Malgré ces fluctuations, la Cour de Cassation, saisie sur le fondement de requêtes introduites par la même entreprise, a décidé de juger seule l'affaire, cassant partiellement l'arrêt de la juridiction inférieure, au motif que la réalisation du test de proportionnalité a été réalisé de manière erronée. Synthétisant – et citant directement – la jurisprudence pertinente de la Cour de justice, la Cour de Cassation a alors orienté elle-même, sans chercher d'autres clarifications, les juridictions inférieures dans l'appréciation des justifications¹⁸³. Ce ne fut pas l'attitude adoptée par le Conseil d'Etat qui préféra procéder à un renvoi à la Cour de justice face à un même requérant¹⁸⁴ et pour une question similaire. Si le juge judiciaire s'est ainsi estimé suffisamment éclairé pour réaliser seul – ou du moins guider seul – le juge du fond dans l'appréciation de la justification, ce n'est pas le cas du Conseil d'Etat, légitimement échaudé par une jurisprudence confuse de la Cour de justice. C'est dire que confrontées à un problème similaire, les deux Cours suprêmes françaises ne vont pas forcément avoir la même analyse de l'appréhension de la matière par le juge européen, l'une estimant au final le dialogue sur cette question comme clos, tandis que l'autre le relancera. Il est d'ailleurs surprenant de constater que le Conseil d'Etat ne se fondera absolument pas sur

pénales contre Massimiliano Placanica, Christian Palazzese et Angelo Sorricchio, aff. jtes. C-338/04, C-359/04 et C-360/04, rec. I-1891

¹⁸³ Cass., chbre com., 10 juillet 2007, *Zeturf*, req. n°06-13986

¹⁸⁴ CE, 9 mai 2008, *Zeturf*, req. 287503. En l'espèce, l'entreprise *Zeturf*, société maltaise prestataire de services de jeux hippiques sur internet, contestait devant le juge administratif l'annulation de la décision implicite de rejet de sa demande visant l'abrogation de la réglementation nationale afférente aux paris hippiques. Devant la Cour de Cassation, la même entreprise se défend face au groupement d'intérêt économique PMU qui a fait assigné en référé la défenderesse afin qu'elle cesse son activité en ce qui concerne les courses hippiques organisées en France.

la réponse de la Cour de justice pour rendre sa décision finale¹⁸⁵, où il constate simplement que l'ouverture à la concurrence des paris sportifs sur internet fait « *en tout état de cause* » disparaître « *le motif d'illégalité allégué tiré de la méconnaissance du principe de libre prestation des services* »¹⁸⁶.

Cela étant, les divergences peuvent également se faire ressentir dans l'application même des solutions dégagées par le juge européen. C'est par exemple le cas dans le domaine des lois de validation où la Cour de Cassation s'est saisie beaucoup plus rapidement que le Conseil d'Etat des critères du juge européen¹⁸⁷ du moins d'un point de vue formel, tant les solutions ont justement pu paraître relativement erratiques en la matière. En témoigne cette jurisprudence de 2001, où la Cour de Cassation sanctionne une loi de validation dans le domaine fiscale, loi préalablement jugée conformée à la Constitution¹⁸⁸, au motif « *que l'instance était déjà en cours à la date d'entrée en vigueur de cette loi de validation* »¹⁸⁹. Or, « *le but d'intérêt général et la nécessité de la mesure de validation (...) étaient indiscutables. Il était impossible de faire jouer l'exception de la jurisprudence Zielinski, mais, pour la Cour de cassation, il fallait rejeter à tout prix le moyen en défense tiré de la validation.* »¹⁹⁰. C'est donc ici une interprétation particulièrement éloignée des critères dégagés par la Cour EDH qui conduit la Cour de Cassation à prononcer la violation de l'article 6 §1, la contrariété avec le Conseil constitutionnel étant artificiellement créée. En résulte

¹⁸⁵ CJUE, 30 juin 2011, *Zeturf*, aff C-212/08

¹⁸⁶ CE, 30 décembre 2011, *Zeturf*, req. 287503

¹⁸⁷ Cass. com., 20 nov. 2001, *SARL Civa*, *RFDA*, 2002, p. 791 J. Lamarque.

¹⁸⁸ Conseil Const., décision n° 99-425 DC du 29 décembre 1999

¹⁸⁹ Cass. com., 20 nov. 2001, *SARL Civa*

¹⁹⁰ J. Lamarque, « Validation fiscale et Convention européenne des droits de l'homme: la bonne aubaine », *RFDA*, 2002, p. 791

nécessairement, du moins pendant un temps¹⁹¹, une divergence dans la réception matérielle de la jurisprudence européenne entre le Conseil d'Etat et la juridiction judiciaire suprême.

*

Au total, on serait donc tenté de dire que si la dimension tridimensionnelle du dialogue peut se vérifier (en tant que la question traitée met en présence trois ordres juridiques), le constat n'implique pas nécessairement que lui-même soit triangulaire (en tant qu'il ferait intervenir simultanément ou successivement trois juges, prenant position sur leur jurisprudence respective dans le cadre d'un litige identique ou compatible). Pour différentes raisons (et sous réserve de certains contentieux comme celui de la police des étrangers), il semble plutôt recouvrir dans l'ensemble un faisceau de relations bilatérales. Reste à savoir cependant si ce bilatéralisme prégnant ne dissimule pas un certain unilatéralisme.

¹⁹¹ Pour une analyse plus conforme par la suite, v. *Cass. Ass. plén.*, 23 janv. 2004, *SCI Le Bas Noyer c/ Castorama France*.

CHAPITRE II

LA PROBLEMATIQUE D'UNE DIMENSION UNILATERALE DU DIALOGUE

Aurélia SCHAHMANECHE

Comme l'a souligné Mireille Delmas-Marty, le processus dialogique, l'échange entre les juges « *est surtout révélé par les jeux d'interprétation croisée des divers organes, judiciaires, juridictionnels, ou quasi-juridictionnels, qui sont chargés d'appliquer les normes à des cas concrets* »¹. L'intérêt de ce « *phénomène de reprise en écho* » apparaît par principe. Au-delà d'être un bon moyen de susciter l'attention de ceux à qui l'on s'adresse, une telle démarche implique surtout de la part de l'interlocuteur qu'il se réapproprie la voie de son destinataire². Grâce à cet entrecroisement des jurisprudences, cette écoute et prise en compte réciproque des arguments juridiques, c'est donc une véritable « *coénonciation* »³ des normes européennes qui devrait pouvoir s'engager. A partir de là, il n'est guère difficile de comprendre l'apport d'une étude portant sur l'identification des références que les juges internes font des jurisprudences européennes et, à l'inverse, des références que la Cour EDH et la CJCE font de la jurisprudence nationale. N'est-ce pas à travers celles-ci que va précisément pouvoir se mesurer le caractère fécond de la communication que ces juges ont, chacun de leur côté, entendu développer avec l'autre ?

¹ M. Delmas-Marty, Le pluralisme ordonné et les interactions entre ensembles juridiques, *op. cit.*, p. 952.

² J-M ; Barbéris, « Le processus dialogique dans les phénomènes de reprise en écho », in J. Bres, P-P. Haillet, S. Mellet, H. Nolke et L. Rosier (dir.), *Dialogisme et polyphonie*, Paris, éd. De Boeck-Duculot, 2005, p. 169.

³ *Ibid.*

Or, si l'influence des jurisprudences européennes en droit interne est assez aisément mesurable, les choses apparaissent tout de suite plus compliquées dès qu'il s'agit de s'interroger sur l'impact des discours juridictionnels nationaux sur les Cours européennes. Ce qui laisse finalement ouverte la question de savoir si l'eupéanisation n'est pas en soi révélatrice d'une certaine unilatéralité dans les rapports juridictions européennes/juridictions nationales. Bien que les juges européens soient très largement conscients de la nécessité de construire leur droit respectif en ayant égard au droit et à la jurisprudence internes, les hypothèses où l'influence de ces derniers est affichée sont relativement rares. Ainsi qu'en témoigne la lecture des décisions de justice rendues par ces deux juridictions européennes, la source principale de leur motivation reste leur propre jurisprudence. Cela étant, il est permis de reconnaître que les apparences sont parfois trompeuses. Sans totalement revenir sur les critiques de la doctrine selon lesquelles il n'y a pas de véritable réciprocité des échanges et de véritable dialogue dans la mesure où celui-ci est encore trop subi par les juges nationaux⁴, il nous semble nécessaire de les nuancer. A notre sens, il est tout bonnement impossible que les discours produits par ces différents interlocuteurs ne soient revêtus d'aucune valeur. Aussi l'existence avouée de stratégies de la part des Cours – qu'elles soient européennes ou nationales – n'ôte-t-elle aucunement le dialogue⁵. Mieux encore, « *une certaine résistance, dès lors qu'elle est argumentée, constitue un*

⁴ B. Belda, « Les faux semblant du dialogue des juges », in F. Sudre (dir.), *Les dialogues des juges*, Cahiers de l'IDEDH, n° 11, 2007, pp. 223-247.

⁵ Voir en ce sens M. Auvray, *Le dialogue entre Conseil d'Etat et Cour européennes. L'exemple significatif du principe d'égalité*, Thèse dactyl., Université Montpellier 1, 2009, 903 p., p. 279.

élément, une dimension du dialogue des juges »⁶. De même, la volonté de ces dernières de participer à une œuvre commune plaide en faveur d'un tel dialogue. Partant de là, il nous semble particulièrement important de ne pas perdre de vue que la construction européenne – que ce soit celle de la Cour EDH ou de la CJUE – ne peut, et surtout, n'a pas intérêt à se faire contre les Etats⁷.

Ainsi, la difficulté à discerner et mesurer l'influence des jurisprudences nationales ne signifie pas qu'elles n'en aient aucune. Comme nous le verrons, la Cour de justice et la Cour de Strasbourg ont parfaitement conscience que leur politique jurisprudentielle respective ne peut en définitive se bâtir contre les Etats (Section 1). Aussi le sentiment que le dialogue est trop subi, qu'il joue à l'unilatérale peut-il être à certains égards nuancés même si l'impact des discours juridictionnels internes ne saurait être qualifié que de relatif et de mesuré (Section 2).

SECTION I – LA CONSCIENCE DES JUGES EUROPEENS QUANT A LA NECESSITE DE CONSIDERER LA JURISPRUDENCE NATIONALE

Qu'il s'agisse pour la Cour de Justice de Luxembourg de concourir à l'intégration juridique au sein de l'Union européenne⁸ ou bien, pour la Cour de Strasbourg, de réaliser une harmonisation autour d'un seuil minimum de protection des droits et libertés fondamentaux⁹, *« le recours à des arguments autoritaires n'a probablement jamais été sérieusement*

⁶ J-C. Bonichot, « Application de la CEDH par le juge administratif », *Europe*, Hors série, 1999, pp. 21-26, p. 21.

⁷ Voir toutes les interventions des juges européens en ce sens.

⁸ Voir les articles 1 et 3 TUE.

⁹ Voir l'article 53 de la CEDH.

envisagé »¹⁰. En effet, « *en tant que nouvelles venues dans l'univers juridictionnel européen, la Cour de justice des Communautés européennes [désormais CJUE] et la Cour EDH ne pouvaient guère passer en force* »¹¹. Aussi est-ce dans le sens d'un rapprochement « raisonné » des différents ordres juridiques composant chacun des systèmes juridiques que les deux Cours européennes vont en définitive décider d'inscrire leur démarche. Du reste, comment aurait-il pu en être autrement ? Comment concevoir que celles-ci remplissent leur mission respective – et suscitent à cet égard le consensus – sans que ne soit mise en place une véritable coopération ou, pour dire les choses autrement, une véritable collaboration entre elles et les autorités nationales ?

Parfaitement conscientes du fait que la construction européenne ne peut résulter d'un « *gouvernement des juges* » et encore moins « *d'une guerre des juges* »¹², les Cours luxembourgeoises et strasbourgeoises se sont donc logiquement orientées vers le dialogue (§ I). Un dialogue qui va ouvrir la voie à une acceptation réciproque des autorités de chacune des juridictions y prenant part et permettant une interaction constructive pour le droit et, bénéfique pour les justiciables. Mais si les échanges réciproques qui se nouent entre les juges européens et les juges nationaux¹³ apparaissent comme

¹⁰ L. Coutron, « Rapport introductif », in L. COUTRON (dir.), *Pédagogie judiciaire et application du droit communautaire et européens*, Bruxelles, Bruylant, (à paraître).

¹¹ *Ibid.*

¹² Voir les conclusions de B. Genevois sur CE, Ass., 22 décembre 1978, *Ministre de l'Intérieur c/ Sieur Cohn-Bendit*, n° 11604, Rec. Lebon p. 524 ; *Dalloz*, 1979, p. 155 et s.

¹³ A la différence, le monologue se définit comme « *une tranche de discours produite par un ou plusieurs locuteurs, dans laquelle aucun des locuteurs ne devient à proprement parler les destinataires* » et les destinataires « *ne sont pas présumés prendre la parole à leur tour* », in F. Jacques, *Dialogiques*,

nécessaires à la pleine efficacité du droit de l'Union et du droit conventionnel européen des droits de l'homme, force est tout de même de constater la volonté des deux juridictions supranationales de conserver la maîtrise desdits échanges (§ II).

§ I– UN IMPERATIF DE DIALOGUE PARTAGE PAR LES DEUX JUGES EUROPEENS

Comme a pu le souligner Ronny Abraham, « *les deux Cours européennes exercent leur influence sur la formation de la jurisprudence nationale selon des techniques procédurales fort dissemblables, qui ne les placent pas dans une situation analogue à l'égard du juge interne* »¹⁴. Aussi différents soient les moyens de communication prévus entre juridictions européennes et nationales, la construction et l'épanouissement du droit de l'Union européenne et du droit conventionnel européen des droits de l'homme passent toujours par la recherche d'une adhésion éclairée de l'auditoire. Surtout, loin de s'imposer par la majesté et la force, les Cours européennes ont trouvé dans l'échange réciproque d'arguments, d'interprétations ou encore de solutions juridiques¹⁵, un moyen de renforcer leur

recherches logiques sur le dialogue, Puf, 1979, p. 152. – Dans le même sens, voir G. Cornu, *Linguistique juridique*, Montchrestien, coll. Domat, Droit privé, 3e éd., 2005, 443 p., p. 215.

¹⁴ R. Abraham, « Préface », in L. Potvin-Solis, *L'effet des jurisprudences européennes sur la jurisprudence du Conseil d'Etat français*, Lgdj, Bibliothèque de droit public, 1999, 797 p., p. V.

¹⁵ Voir les différents ouvrages consacrés au thème du dialogue des juges comme par exemple J. Allard, « Le dialogue des juges dans la mondialisation », in *Le dialogues des juges*, Bruylant, 2007, 166 p., pp. 77-91. – F. Lichère, L. Potvin-Solis et A. Raynouard (dir.), *Le dialogue entre les juges européens et nationaux : incantation ou réalité ?*, Bruylant, 2004, 242 p. – B. Lukaszewicz et H. Oberdorff, *Le juge administratif et l'Europe : le dialogue des juges*, Presses universitaires de Grenoble, 2004, 359 p.

office et, par là même, d'affermir leur capacité à s'imposer en droit interne. Suivant les propos de l'ancien président de la CJCE Gil Carlos Rodriguez Iglesias, il est alors permis de considérer que si les deux juridictions européennes ont pu exercer pleinement rôle, c'est bel et bien en ayant égard « *aux liens de coopération et de confiance mutuelle qui ont pu se tisser au fil des ans avec les juridictions nationales* ». Dès lors, « *d'avantage que par l'autorité formelle des arrêts, c'est en effet par l'argumentation et la persuasion dans le cadre d'un dialogue permanent que l'autorité de[s] jurisprudence[s] [luxembourgeoise et strasbourgeoise] s'est établie, grâce aux juridictions nationales qui les ont reçues et l'ont mise en œuvre* »¹⁶. Peu importe alors la voie que peuvent emprunter les relations juridictionnelles entre Cours européennes et juges internes (A). Dans tous les cas, l'ouverture aux autres et la recherche raisonnée de consensus que sous-tend par nature le dialogue¹⁷ va normalement permettre à chacun de ceux qui y participent de gagner en légitimité (B).

A - Les modalités duales du dialogue

Si la coopération trouve sa traduction dans le cadre du dialogue, il est important de relever la différence de logique qui existe entre les deux systèmes juridiques européens. Inscrit dans

¹⁶ C-G. Rodriguez Iglesias, Discours prononcé à l'occasion des 50 ans de la Cour de justice des communautés européennes, Luxembourg, Audience solennelle du 4 décembre 2002. Disponible sur internet : http://www.cvce.eu/content/publication/2003/8/13/04bf22f6-c615-4464-97bc-07e647afc981/publishable_fr.pdf

¹⁷ Ainsi qu'a pu le souligner G. Canivet, à l'inverse de ce que suppose le dialogue, « *placer les systèmes juridiques en situation de combat ne conduit qu'à les replier sur eux-mêmes, à les stériliser, à les appauvrir, à les affaiblir* », in « L'européanisation de la justice », *Les annonces de la seine*, Lundi 13 janvier 2003, n° 2, p. 4.

une dynamique d'intégration assez poussée, le dialogue entre la Cour de justice et juridictions nationales est expressément prévu par les textes sous la forme d'un renvoi préjudiciel¹⁸. Bien que non institutionnalisé, le dialogue des juges n'en est pas moins présent à la Cour EDH. Comme nous le verrons, le critère procédural ne constitue pas à lui seul le critère de définition du dialogue entre juges¹⁹. D'ailleurs, bien qu'ayant permis aux échanges entre juge de l'Union européenne et juges internes de prospérer, la voie préjudicielle n'a pas effacé toutes les résistances²⁰. Entendu dans un sens plus large, le dialogue des juges va donc également désigner la coopération informelle, « *plus discrète et implicite* »²¹, mais aussi plus librement consentie²², qui se noue entre la Cour EDH et les juridictions nationales. Ne nécessitant pas comme à Luxembourg « *l'instauration d'une procédure spécialement conçue afin de permettre un questionnement* »²³ (1), le dialogue qui se développe à Strasbourg s'exprime plutôt dans un mouvement spontané et naturel d'interactions jurisprudentielles (2).

¹⁸ Au départ avec l'article 234 TCE et, depuis le Traité de Lisbonne, avec l'article 267 TFUE.

¹⁹ M. Auvray, *Le dialogue entre Conseil d'Etat et Cour européennes...*, op. cit., p. 49.

²⁰ *Ibid.* – Voir le contentieux sur l'effet direct des directives. Sur ce point, se reporter à R. Kovar, « Le Conseil d'Etat et l'effet direct des directives : la fin d'une longue marche », *Europe*, 2010, pp. 5-8.

²¹ *Ibid.*, p. 428.

²² R. Abraham, « Préface », in L. Potvin-Solis, *L'effet des jurisprudences européennes sur la jurisprudence du Conseil d'Etat français*, op. cit., p. VI : « dans la pratique du juge national, il n'y a guère de différence (en fait sinon en droit) dans la manière dont celui-ci reçoit et incorpore à sa propre jurisprudence les interprétations résultant des arrêts de la Cour de Luxembourg et de celle de Strasbourg ».

²³ M. Auvray, *Le dialogue entre Conseil d'Etat et Cour européennes...*, op. cit., p. 37.

1 - Un dialogue coopératif institutionnalisé en droit communautaire

En cas de doutes ou d'hésitations, les juridictions nationales sont tenues de solliciter l'interprétation préjudicielle de la norme applicable par la juridiction luxembourgeoise. Voilà donc, le sens de la procédure de « juges à juges » qu'instaure l'article 267 TFUE. Comme a pu en effet le faire valoir l'avocat général Poiares Maduro dans ses conclusions sur l'arrêt *Société Arcelor Atlantique et Lorraine et al.*, du 16 décembre 2008²⁴, il est en définitive « *inhérent à la nature même des valeurs constitutionnelles de l'Union en tant que valeurs constitutionnelles communes aux Etats membres qu'elles* [les interprétation à donner des principes généraux et droits fondamentaux communautaires] *doivent être précisées et développées par la Cour en dialogue constant avec les juges nationaux (...). L'instrument approprié de ce dialogue est le renvoi préjudiciel*²⁵ »²⁶.

Vecteur d'une répartition précise des compétences et d'une coopération directe entre juge de Luxembourg et juges

²⁴ CJCE, 16 décembre 2008, *Société Arcelor Atlantique et Lorraine et autres*, aff. C-127/07, Rec., 2008, p. I-9895 ; comm. P. Kromarek, *Dalloz*, 2009, pp. 2357-2368.

²⁵ On ajoutera que l'emploi du terme « *dialogue de juge à juge* » pour désigner la procédure préjudicielle avait déjà été utilisé par l'avocat général Dutheillet de Lamothe dans ses conclusions sur l'ordonnance CJCE, 27 octobre 1971, *Rheinmühlen Düsseldorf c/ Einfuhrund Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, aff. 6/71, Rec. 1971, p. 823. – L'expression « *dialogue des juges* » fut par la suite utilisé par B. Genevois dans ses conclusions sur CE, Ass., 22 décembre 1978, *Ministre de l'Intérieur c/ Sieur Cohn-Bendit*, *op. cit.*

²⁶ Point 17 des conclusions de l'avocat général Dutheillet de Lamothe précitées.

nationaux²⁷, la procédure préjudicielle va donc permettre à la Cour de justice d'accomplir la mission que lui confie l'article 19§1 TFUE (ex-article 220 TCE), à savoir « *préserver le droit dans l'interprétation et dans l'application du traité et des normes qui le mettent en œuvre* ». A cet égard, cette procédure renvoie de manière indirecte à l'obligation de loyauté. Déduite de l'article 4 TUE (ex- article 10 TCE)²⁸, cette obligation suppose en effet de la part des juridictions nationales agissant dans le cadre de leurs compétences et des institutions communautaires²⁹, « *des devoirs réciproques de coopération* »³⁰, c'est-à-dire « *une véritable collaboration* »³¹ « *de bonne foi en vue de surmonter les difficultés dans le plein*

²⁷ Voir CJCE, 9 octobre 2001, *Ernst-Otto Flemmer*, aff. 80/99, Rec. I-7211, point 48 : « *coopération qui est mise en œuvre dans le cadre de la procédure préjudicielle* » ; comm. K. Berthou, *Droit Social*, 2001, p. 879 et s.

²⁸ Cet article impose aux États membres « *toutes mesures générales ou particulières propres à assurer l'exécution des obligations découlant du présent traité ou résultant des actes des institutions de la Communauté. Ils facilitent à celle-ci l'accomplissement de sa mission. Ils s'abstiennent de toutes mesures susceptibles de mettre en péril la réalisation des buts du présent traité* ».

²⁹ CJCE, 21 octobre 2008, *Alfonso Luigi Marra c/ Eduardo De Gregorio*, aff. C-200/07, 201/07, Rec. p. 96, point 41 : l'obligation de loyauté « *s'impose tant aux autorités juridictionnelles des Etats membres agissant dans le cadre de leurs compétences qu'aux institutions communautaires* » ; note V. Michel, *Europe*, 2008, pp. 11-12.

³⁰ CJCE, 27 juin 2000, *Commission c/ Portugal*, aff. C-404/97, Rec. I-4897, point 40 ; note L. Idot, *Europe*, Août-Septembre, 2000, p. 21.

³¹ Conclusions de l'avocat général Lagrange sur CJCE, 6 avril 1962, *Kledingverkoopbedrijf de Geus en Uitdenbogerd c/ Robert Bosch*, aff. 13/61, Rec., p. 89. L'avocat général explique que les dispositions de l'article 234 TCE « *doivent permettre, si elles sont appliquées avec pertinence – nous serions tentés de dire avec loyauté – d'établir une véritable collaboration entre juridictions nationales et la Cour de justice dans le respect mutuel de leurs compétences respectives* ».

respect des dispositions du traité »³². Comme a su le dire la CJCE, « *l'application uniforme du droit communautaire* »³³ implique une réelle intention d'agir en commun -en d'autres mots, une véritable volonté de résoudre les éventuelles divergences opposant les juges.

Inscrit dans les fondements de l'ordre juridique communautaire, le principe de coopération par le biais de du renvoi préjudiciel entre Cour de justice et juridictions nationales s'analyse également comme « *le moyen pour le juge national de manifester sa bonne volonté* » et, pour la CJ « *de montrer sa réceptivité aux problèmes soulevés, parfois même implicitement* »³⁴ par ce dernier. Longtemps source de difficultés et de réticences³⁵, le renvoi préjudiciel participe aujourd'hui à la communication nécessaire à tout dialogue³⁶. Mieux encore, il

³² CJCE, 27 juin 2000, *Commission c/ Portugal*, aff. C-404/97, Rec. I-4897, point 40; chron. A. Vallery, *CDE*, 2000, pp. 719-754. – CJCE, 21 octobre 2008, *Alfonso Luigi Marra c/ Eduardo De Gregorio*, *op. cit.*, point 41 : « *selon une jurisprudence constante, l'obligation de coopération loyale entre les institutions européennes et les autorités nationales, telle que consacrée à l'article 10 CE et rappelée à l'article 19 du protocole, (...), revêt une importance particulière lorsque la coopération concerne les autorités judiciaires des États membres chargées de veiller à l'application et au respect du droit communautaire dans l'ordre juridique national* ».

³³ CJCE, 9 octobre 2001, *Ernst-Otto Flemmer*, *op. cit.*, point 48.

³⁴ M. Auvray, *Le dialogue entre Conseil d'Etat et Cour européennes...*, *op. cit.*, p. 415.

³⁵ Pour plus de développements sur le fait que le renvoi préjudiciel a longtemps été source de conflits, voir entre autres F. Picod, « La coopération juridictionnelle », in J. Auvret-Finck (dir.), *L'Union européenne : carrefours de coopérations*, Lgdj, 2002, pp. 197-230.

³⁶ Voir en ce sens F. Jacques pour qui l'exigence dialogique passe bel et bien par la « *communicabilité du discours* », in « Dialogue exige, communicabilité et dialectique », *ADP*, 1984, tome 29, pp. 7-25, p. 7.

manifeste l'existence d'un dialogue des juges dans l'ensemble³⁷ efficace. Par le jeu de question-réponse directes qu'elle implique et « *le sentiment d'appartenance à une fonction judiciaire commune* »³⁸ qu'elle sous-tend, la procédure préjudicielle a en effet inauguré un « *mécanisme de coédiction de la règle jurisprudentielle qui permet d'associer étroitement le juge national à l'édification d'un système juridique nouveau* »³⁹.

Chronologiquement, le juge interne est tout d'abord chargé d'amorcer le dialogue avec sa question préjudicielle⁴⁰, avant que la Cour de justice – dont on notera la claire volonté d'ouverture en ce sens qu'elle a très largement admis la recevabilité des renvois – apporte ensuite sa réponse. De fait, il existe différents types de renvois possibles. Parmi les plus notables, figurent sans conteste ceux où la juridiction nationale va chercher à développer une véritable stratégie d'influence afin de peser sur le raisonnement juridique de la CJ⁴¹.

³⁷ On relèvera tout de même l'existence de certaines affaires où le CE, de manière assez contestable, se refuse encore à renvoyer à la CJ. Pour des exemples de résistances de la part du CE, voir *infra* L. Milano, Partie 2, Chapitre 2, Section 1.

³⁸ G. Canivet, « Le droit communautaire et le juge national », in D. Simon (dir.), *Le droit communautaire et les métamorphoses du droit*, Presses Universitaires de Strasbourg, 2003, p. 81 et s., p. 94.

³⁹ *Ibid.*

⁴⁰ Comme le rappelle la CJCE dans un arrêt du 2 avril 2009, *Pedro IV Servicios SL c/ Total Espana SA*, aff. C-260/07, Rec. p. 77, point 28 : « *il appartient au seul juge national saisi du litige et qui doit assumer la responsabilité de la décision juridictionnelle à intervenir, d'apprécier, au regard des particularités de l'affaire pendante devant lui, tant la nécessité d'une décision préjudicielle pour être en mesure de rendre son jugement, que la pertinence des questions qu'il pose à la Cour* » ; chron. P. Arhel, *LPA*, 2009, pp. 3-22.

⁴¹ Sur la diversité des renvois préjudiciels voir B. Genevois, « L'application du droit communautaire par le Conseil d'Etat », *RFDA*, 2009, pp. 201-214. L'auteur mentionne en effet le « *renvoi aux fins de réexamen d'une*

Il en va par exemple ainsi dans l'affaire *Olazabal* relative à l'interdiction d'accès à une partie du territoire français à un ressortissant communautaire pour des motifs d'ordre public, pour laquelle le Conseil d'Etat va saisir la CJ d'une question préjudicielle particulièrement bien motivée – en ce sens que le juge administratif a pu apporter un soin attentif à l'ensemble de la jurisprudence communautaire pertinente afin de renforcer son argumentation et se montrer, par là même, plus persuasif⁴² – en vue de pousser la Cour de justice à revenir sur sa jurisprudence antérieure⁴³. Ce qu'elle fit en 2002⁴⁴ avant de renvoyer au Conseil d'Etat, qui appliqua à son tour la nouvelle solution dans un arrêt du 23 avril 2003⁴⁵, clôturant ainsi le dialogue des juges qu'il avait lui-même instigué.

Dans le même ordre idée, on citera l'affaire *Celf*⁴⁶. Dans

jurisprudence » mais aussi « *le renvoi d'un généraliste au spécialiste* ». – On ajoutera qu'il peut aussi s'agir d'un renvoi en vue d'une explication de la jurisprudence communautaire, (voir en ce sens P. Cassia et L. Potvin, « Droits communautaire et contentieux administratif », *JCP. A.*, fasc. 1003, 2006, point 74).

⁴² C'est le cas dans la décision préjudicielle CE, *Olazabal*, 29 décembre 2000, n° 206913, Rec. p. 659.

⁴³ Dans son arrêt *Olazabal* du 29 décembre 2000, la CE demandait à la CJCE de revenir sur sa jurisprudence Rutili de 1975. Pour plus de détails, voir Y. Robineau, « De l'affaire Rutili à l'affaire Olazabal », in *Mélanges en l'honneur du président Bruno Genevois. Le dialogue des juges*, Paris, Dalloz, 2009, 1116 p., pp. 903-909.

⁴⁴ CJCE, 26 novembre 2002, *Olazabal*, C-100/01, rec. p. I-10981 ; note J-P. Lhernould, *JCP G.*, 2003, II-10163.

⁴⁵ CE, 23 avril 2003, *Olazabal*, n° 206913, Rec. p. 172 ; note V. Tchen, *JCP A.*, 2003, p. 1593.

⁴⁶ CJCE, 12 février 2008, *Centre d'exportation du livre français (Celf)*, aff. C-199/06, Rec. p. I-469 ; chron. Ph-E. Partsch, *JDE*, 2009, pp. 14-22. La CJ rappelle que s'il revient au juge national « *d'ordonner les mesures propres à remédier effectivement aux effets de l'illégalité* », le droit communautaire n'implique pas « *une obligation de récupération de l'aide illégale* », mais seulement « *le paiement d'intérêts au titre de la période d'illégalité* ». La

cette affaire le Conseil d'Etat était confronté au problème des conséquences à tirer de l'illégalité des aides d'Etats et de leur éventuelle incompatibilité en raison d'un manquement par les autorités nationales à leur obligation de notification. Alors même que le juge administratif avait déjà suscité la décision rendue par la CJCE le 12 février 2008 – qui, au demeurant, consacre la thèse qu'il avait lui-même explicitement suggéré dans son renvoi⁴⁷ – celui-ci estima devoir réinterroger la CJCE quant à la conduite à tenir pour trancher l'intégralité du litige⁴⁸. Surtout, il souhaitait par son nouveau renvoi engager un mouvement d'assouplissement de la jurisprudence communautaire dans un sens jugé par lui comme plus opportun⁴⁹. Bien que moins argumentée que celle de l'arrêt *Olazabal* de 2002, la question posée à la Cour par le Conseil d'Etat manifestait alors, une fois encore, l'utilisation stratégique, offensive mais aussi constructive de la procédure préjudicielle⁵⁰.

CJCE estime qu'en cas de défaut de notification d'une aide considérée comme compatible, le juge national doit indemniser les demandeurs ayant subi un préjudice du fait du versement prématuré de l'aide. La CJCE distingue le traitement à réserver aux aides illégales et incompatibles, de celles simplement illégales.

⁴⁷ CE, 29 mars 2006, *Celf*, n° 274923 et 274967 ; comm. A. Cartier-Bresson, *AJDA*, 2006, pp. 1396-1399.

⁴⁸ CE, 19 décembre 2008, *Celf*, n° 274923 et 274967 ; note S. Nicinski, *AJDA*, 2009, p. 524. Les interrogations du CE portant d'une part sur le moment exact de la récupération du principal de l'aide illégale mais encore susceptible d'être reconnue compatible, et d'autre part sur la possibilité de moduler le montant qu'il convient de récupérer, au regard des caractéristiques particulières de l'affaire en cause.

⁴⁹ Pour plus de détails, voir le commentaire de M. Collet, « Le juge administratif et le contrôle des aides d'Etat : de la réception à l'instrumentalisation du droit communautaire », *RDP*, 2009, pp. 1311-1319.

⁵⁰ *Ibid.* – Sur la réponse apportée par la CJUE à ce nouveau renvoi, se reporter notamment aux commentaires de M. Bazex, *Revue Droit administratif*, 2010, comm. 74 et J. Vialens, *LPA*, 2010, n° 122, pp. 16-22. –

Ainsi qu'en attestent les exemples précités, la CJCE a bel et bien à cœur d'associer les juridictions nationales – ici le Conseil d'Etat – à la construction du droit communautaire. Dans cette optique, il est intéressant de rappeler que dans le cadre spécifique de la procédure préjudicielle d'urgence, la CJ demande par exemple au juge de renvoi, « dans la mesure du possible », d'« indique[r], de façon succincte, son point de vue sur la réponse à donner à la ou les questions posées ». Par cette indication, la Cour va alors chercher à faciliter la prise de décision de la Cour et à accélérer la célérité de la procédure. Dans le même ordre d'idées, on attirera l'attention sur le fait que beaucoup d'arrêts fondateurs n'ont fait qu'entériner des solutions effectivement préconisées par le juge national par le biais de la question de la préjudicielle⁵¹. Manifestation la plus franche de ce que Platon et Socrate ont appelé la dialectique – cet art du dialogue, ce jeu des questions et des réponses⁵² – le renvoi préjudiciel est cependant loin d'épuiser ce que recouvre la notion de « dialogue des juges ». En dehors de tout cadre procédural prédéfini, le dialogue va en effet passer par une

Le CE a quant à lui fait application de la solution de la CJUE par un arrêt du 31 décembre 2011, *Celf*.

⁵¹ C'est le constat fait entre autres par Ch. Soulard, « La Cour de cassation et le dialogue des juges » in F. Lichère, L. Potvin-Solis et A. Raynouard (dir.), *Le dialogue entre les juges européens et nationaux : incantation ou réalité ?*, *op. cit.*, pp. 95-108, p. 107. – Pour des exemples, voir notamment CJCE, 19 juin 1990, *Factortame*, aff. C-213/89, Rec. p. I-2433 ; comm. D. Simon et A. Barav, *RMCUE*, 1990, pp. 591-597. Ou encore CJCE, 19 novembre 1991, *Francovich et Bonifaci*, aff. 6/90 et C-9/90, Rec. p. I-5357 ; comm. L. Dubouis, *RFDA*, 1992, pp. 1-9. Plus récemment CJCE, 11 mars 2004, *Lasteyrie du Saillant*, aff. C-9/02, Rec. 2004, p. I-2409 ; note Y. Benaroc, *GP*, 2005, pp. 33-34. Mais aussi CJCE 12 septembre 2006, aff. C-196/04, *Cadbury Schweppes et Cadbury Schweppes Overseas*, Rec. p. I-7995 ; note Cl. J. Berr, *JDI*, 2007, pp. 653-659.

⁵² Platon, *Le Cratyle*, trad. C. Dalimier, Paris, Flammarion, 1998, 390 c.

écoute attentive des juges entre eux. C'est dire à quel point l'entente juridictionnelle dont le ciment est le dialogue est aussi indispensable pour le développement du processus d'intégration et d'uniformisation engagé par la CJ que pour l'harmonisation recherchée par la Cour EDH en vertu de la subsidiarité du mécanisme de garantie collective qu'institue la CEDH.

2 - Un dialogue coopératif informel en droit de la CEDH

S'il n'y a pas de renvoi préjudiciel à la Cour EDH, il n'est pas moins possible de parler de « *coopération concrète* »⁵³ entre elle et les juridictions nationales. Plusieurs éléments plaident d'ailleurs en ce sens.

Tout d'abord, il semble que ce soit dans la « *subsidiarité-complémentarité* »⁵⁴ telle que mise en place au niveau conventionnel et consacrée par la jurisprudence, que s'exprime l'exigence strasbourgeoise de collaboration. Comme s'accorde en effet à la reconnaître la doctrine, le principe fondamental de subsidiarité – implicitement contenu dans les articles 1, 13, 19 et 35 de la CEDH – implique une répartition précise des compétences entre la Cour EDH et les Etats membres. Surtout, elle renvoie à l'idée que l'action du juge strasbourgeois est subordonnée aux défaillances des Etats dans leur devoir premier consistant à assurer aux individus la jouissance et le respect des droits et libertés consacrés par ledit texte. Le rôle de la Cour européenne se veut donc à la fois secondaire et complémentaire. C'est uniquement si les autorités internes – dont au premier chef les juridictions – n'ont pas tenu compte de l'interprétation que

⁵³ M. Auvray, *Le dialogue entre Conseil d'Etat et Cour européennes...*, op. cit., p. 428.

⁵⁴ J. Andriantsimbazovina, in « La subsidiarité devant la CJCE et la Cour EDH », *RAE*, 1998, pp. 28-47.

celle-ci a pu donner à la CEDH, que la Cour EDH sera en mesure de les condamner. Sans avoir besoin d'une quelconque procédure préjudicielle⁵⁵, la crainte des juges nationaux de se voir éventuellement censurer, associée au fait que la Cour européenne se prononce après l'analyse du droit interne effectuée par ces derniers, permettent en définitive de traduire la nécessité d'une écoute respectueuse et appliquée.

Ensuite, c'est dans la consécration par le juge européen d'une nouvelle méthode de raisonnement, celle de la marge nationale d'appréciation⁵⁶ que tend à s'exprimer l'indispensable collaboration entre Cour EDH et juridictions nationales. Prolongement juridique de la vocation des motifs strasbourgeois à garantir le cantonnement du juge européen aux exigences du principe de subsidiarité⁵⁷, la marge nationale d'appréciation se présente en effet comme un « *concept (...) au service d'un dialogue enrichi* »⁵⁸ et, à terme, d'une réelle harmonisation des droits⁵⁹.

⁵⁵ On notera que la proposition d'introduire à Strasbourg un renvoi préjudiciel a été examinée par le groupe des sages présidé par Gil Carlos Rodríguez Iglesias. Dans son rapport des 16 et 17 mai 2005, le groupe a considéré qu'une telle transposition n'avait pas lieu d'être. Il suggéra toutefois, dans le but d'améliorer le dialogue, d'offrir aux juridictions nationales la possibilité de saisir la Cour EDH de demandes d'avis consultatif.

⁵⁶ Voir l'arrêt de principe Cour EDH, 7 décembre 1976, *Handyside c/ Royaume-Uni*, req. n° 5493/72, série A n° 24 ; *GACEDH*, 6e éd., n° 7.

⁵⁷ L'acte de motiver et l'exposé des motifs qui en découle – l'article 45 de la CEDH impose en effet à la Cour européenne de motiver ses décisions de justice – ont en effet pour fonction de garantir contre les abus du juge. A cet égard, ils vont devoir traduire et exprimer le respect du principe de subsidiarité.

⁵⁸ M. Auvray, *Le dialogue entre Conseil d'Etat et Cour européennes...*, op. cit., p. 316.

⁵⁹ Voir la théorie de M. Delmas Marty relative au pluralisme ordonné, in « Le pluralisme ordonné et les interactions entre ensembles juridiques », *Dalloz*, 2006, pp. 951-957, spéc. p. 955.

Si l'absence de disposition instituant de manière expresse un dialogue entre juges donne à premier vue l'apparence d'un monologue, la réalité est donc bien plus complexe⁶⁰. Comme nous l'avons vu il est finalement possible de déceler dans le texte de la Convention et dans la jurisprudence strasbourgeoise les fondements d'un devoir de coopération entre Cour EDH et juridictions nationales⁶¹. Une coopération qui présente cette fois le mérite d'être essentiellement spontanée et volontaire.

A la différence des échanges interprétatifs directs qui se développent à Luxembourg, le dialogue entre juge de Strasbourg et juge interne se veut donc tout aussi nécessaire mais, plus discret. De fait, c'est dans l'enchaînement des décisions de justice nationales et européennes sur un même objet que celui-ci va s'exprimer. C'est le cas, par exemple, du recours pour fonctionnement défectueux de la justice. Dans l'arrêt d'Assemblée *Darmont* du 29 décembre 1978⁶², le Conseil d'Etat refusait en effet l'applicabilité de l'article 6§1 de la CEDH

⁶⁰ Nous paraphrasons ici l'ancien président de la Cour EDH, J-P. Costa, in « La Cour EDH et le dialogue des juges », in F. Lichère, L. Potvin-Solis et A. Raynouard (dir.), *Le dialogue entre les juges européens et nationaux : incantation ou réalité ?*, op. cit., pp. 153-156, p. 155.

⁶¹ Si les termes de « coopération » et de « collaboration » peine à trouver écho dans la motivation des décisions de justice de la Cour EDH, l'arrêt Cour EDH, 12 avril 2005, *Chamaïev et al. Georgie et Russie*, req. n° 36378/02, énonce toutefois dans son §. 502 que « le système de garantie collective établi par la Convention (...) pour être efficace (...) requiert (...) la coopération avec la Cour de chacun des Etats contractants » ; chron. F. Sudre, *JCP G.*, 2005, pp. 1451-1456. La référence à ces notions est plus fréquente de la part des juges dans leur opinion séparée. Voir par exemple le §. 6 de l'opinion concordante du juge Bonello sous Cour EDH, Gr. Ch., 8 avril 2004, *Tahsin Acar c/ Turquie* req. n° 26307/95 ; note I. Kitsou-Milonas, *Europe*, 2003, pp. 35-36.

⁶² CE, Ass., 29 décembre 1978, *Darmont*, n° 10365, Rec. p. 542 ; note M. Lombard, *AJDA*, 1979, p. 45 et s.

à ce contentieux et, par ailleurs, exigeait la présence d'une faute lourde. Sous l'influence de la Cour EDH – en particulier des arrêts *Vernillo c/ France* du 20 février 1991⁶³ et *Kudla c/ Pologne* du 26 octobre 2000⁶⁴ – la Haute juridiction administrative a procédé à un revirement de jurisprudence. Avec l'arrêt d'Assemblée, *Garde des Sceaux c/ Magiera* du 28 juin 2002⁶⁵, cette dernière abandonne ainsi la faute lourde. La décision d'irrecevabilité de la Cour EDH, *Mifsud c/ France* rendue le 11 septembre 2002⁶⁶ et l'arrêt *Broca et Texier-Micault c/ France* du 21 octobre 2003⁶⁷ sont alors l'occasion pour la juridiction strasbourgeoise de considérer que les recours internes français pour fonctionnement défectueux de la justice sont désormais effectifs au sens de l'article 13 de la CEDH. A l'évidence, les illustrations auraient pu facilement être multipliées. Comme le démontreront les développements à suivre, d'autres contentieux sont effet révélateurs de ce dialogue des juges informels. Soit que l'enchaînement des décisions de justice permette à la Cour EDH d'entériner une appréciation nationale, comme par exemple en matière de police du cinéma ou de liberté syndicale⁶⁸, voire de moduler en conséquence ses

⁶³ Cour EDH, 20 février 1991, *Vernillo c/ France*, req. n° 18889/85, série A n° 198.

⁶⁴ Cour EDH, 26 octobre 2000, *Kudla c/ Pologne*, req. n° 30210/96, Rec. 2000-XI ; *GACEDH*, 6e éd., n° 15

⁶⁵ CE, Ass., 28 juin 2002, *Garde des Sceaux c/ Magiera*, n° 239575, Rec. p. 248 ; comm. F. Lamy, *LPA*, 2002, pp. 15-23.

⁶⁶ Cour EDH, 11 septembre 2002, *Mifsud c/ France*, req. n° 57220/00, Rec. 2002-VIII ; chron. F. Sudre, *JCP G.*, 2003, pp. 231-236.

⁶⁷ Cour EDH, 21 octobre 2003, *Broca et Texier-Micault c/ France*, req. n° 27928/02 ; chron. F. Sudre et al. (dir.), *RDP*, 2004, pp. 797-853.

⁶⁸ Sur la police du cinéma, voir la décision d'irrecevabilité du 22 juin 2006, *V.D et C.G c/ France* (req. n° 68238/01) qui conduit la Cour EDH à entériner la position du Conseil d'Etat dans l'arrêt *Association Promouvoir* du 30 juin 2000 (n° 222194 et 222195, Rec. p. 265 ; comm. J. Morange, *RFDA*, 2000,

propres grilles d'analyse, on pense alors ici au contentieux relatif à l'éloignement des étrangers⁶⁹. Soit au contraire que les conceptions défendues par le juge interne – telle que celle, notamment, du principe du contradictoire⁷⁰ – se voient récusées. Partant de là, il est frappant de constater l'effort réciproque du juge administratif et du juge européen pour s'écouter, prendre en considération et surtout s'adapter et répondre au discours de l'autre. C'est en définitive à un jeu de questions-réponses indirect que se livrent la Cour EDH et le Conseil d'Etat. De cette interaction constante entre juridictions européenne et nationale découle alors, selon nous, la « *tendance naturelle* »⁷¹ de tout

pp. 1311-1321. – Sur la liberté syndicale, voir la décision d'irrecevabilité du 29 janvier 2002, *Fédération syndicale unitaire c/ France* (req. n° 49258/99) qui a permis à la Cour EDH de valider l'appréciation du Conseil d'Etat dans l'arrêt *Fédération syndicale unitaire* du 30 décembre 1998 (n° 188233, Rec. p. 10 ; obs. Ph. Graveleau, *GP*, 1999, pp. 19-31). – Pour plus de développements sur ces deux contentieux, voir infra K. Grabarczyk, Partie III, Chapitre 1, Section 2.

⁶⁹ Voit infra, Section 2 du présent Chapitre, p. 178.

⁷⁰ Dans l'arrêt *Esclatine* du 29 juillet 1998, (Rec. p. 320 ; note F. Rolin, *AJDA*, 1999, p. 69-75), le Conseil d'Etat a en effet défendu sa propre conception du contradictoire par rapport aux arrêts de Gr. Ch. de la Cour EDH du 20 février 1996, *Vermeulen et Lobo Machado c/ Belgique*, (req. n° 19075/91 et 15764/89, Rec. 1996-I ; note P. Bodeau, *JDI*, 1997, pp. 203-205). Cela sera en vain puisqu'en 2001, dans l'arrêt de Gr. Ch. *Kress c/ France*, (req. n° 39594/98, Rec. 2001-VI ; comm. H. Tigroudja, *RTDH*, 2004, pp. 353-364), confirmé en 2006 par l'arrêt de Gr. Ch. *Martinie c/ France*, (req. n° 58675/00, Rec. 2006-VI ; comm. L. Benoiton, *LPA*, 2006, n° 123, pp. 12-22), la Cour EDH va lui répondre et refuser de faire droit aux arguments précisément avancés par lui. – Pour plus de développements sur ce contentieux, voir infra L. Fermaud, Partie III, Chapitre 2, Section 1.

⁷¹ Concl. B. Genevois sur CE, Ass., 20 octobre 1989, n° 108243, Rec. p. 190 ; *RFDA*, 1989, p. 824 et s., p. 832.

juge à chercher à « *élargir [son] rayonnement* »⁷², sa force d'attraction mais aussi à gagner en crédibilité.

B - La fonction de légitimation du dialogue

Sur un plan général, la légitimité est synonyme de justice. Elle désigne l'état d'une personne, d'une institution ou encore d'un comportement équitable, régulier et bien fondé. Dire du dialogue qu'il remplit une fonction de légitimation, c'est donc considérer qu'il est à même de venir conférer à son auteur et, par extension, à ce qu'il produit, une autorité et une crédibilité nécessaire à l'obtention de l'assentiment de son auditoire⁷³. Selon Barthélémy Mercadal, « *être légitime, c'est en des termes plus courants, être reconnu comme justifié, être accepté pour ce que l'on fait. La reconnaissance publique est donc la clé de la légitimité* »⁷⁴.

Or, lorsque la Cour de justice et la Cour EDH exposent les raisons de leurs décisions, énoncent leurs motifs, et cherchent par là même à entrer en communication avec les Etats contractants chargés d'appliquer en premier lieu leur droit, elles se soumettent précisément à l'approbation de ces derniers. La mise en œuvre du dialogue – qu'il soit direct par le biais du renvoi préjudiciel ou indirect par l'enchaînement de décisions de

⁷² G. Canivet, « Les influences croisées entre juridictions nationales et internationales, éloge de la bénévolence des juges, *RSC*, 2005, pp. 799-817, p. 806.

⁷³ En ce sens, voir la définition du terme « légitimité » donnée par Gérard Cornu, in *Vocabulaire juridique*, Puf, 2e éd., 2001, p. 507 : « *conformité d'une institution à une norme supérieure juridique ou éthique, ressentie comme fondamentale par la collectivité qui fait accepter moralement et politiquement l'autorité de cette institution* ». – Voir aussi S. Goyard-Fabre, « Légitimité », in D. Alland et S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, Lamy, Puf, 2e éd., 2003, 1649 p., pp. 929-933.

⁷⁴ B. Mercadal, « La légitimité du juge », *RIDC*, 2002, pp. 277-291, p. 277.

justice et l'échange de motivations sur un même objet – accompagne en effet nécessairement la recherche d'un comportement effectif et positif des Cours de justice de Luxembourg et de Strasbourg en vue d'atteindre leurs objectifs respectifs, à savoir construire un ordre économique commun et un ordre public européen des droits de l'homme. Grâce au dialogue qui se noue entre elles et les juges internes, les juridictions européennes ont donc trouvé un moyen utile d'asseoir et d'accroître l'autorité de leurs décisions de justice mais aussi de se légitimer en tant qu'institution et gardienne suprême d'un certain ordre juridique. Dit autrement, développer une « coopération consentie »⁷⁵ et obtenir « l'adhésion raisonnée »⁷⁶ des juges nationaux va permettre d'octroyer aux juridictions européennes « un gage supplémentaire de fiabilité et d'application effective de leur droit »⁷⁷. A la légitimité « temporelle » de la décision de justice⁷⁸ s'ajoute donc une légitimité « spatiale » qui suppose de la part du juge de faire appel à des arguments extérieurs et des principes communs pour résoudre les cas d'espèce dont il est régulièrement saisi.

Loin de reposer sur la contrainte et la coercition, le dialogue des juges invite alors ceux qui y prennent part à l'argumentation

⁷⁵ M. Auvray, *Le dialogue entre Conseil d'Etat et Cour européennes...*, op. cit., p. 535.

⁷⁶ Ch. Perelman, « La motivation des décisions de justice. Essai de synthèse », in Ch. Perelman et P. Foriers, *La motivation des décisions de justice*, Bruylant, 1978, pp. 415-426, p. 426.

⁷⁷ M. Auvray, *Le dialogue entre Conseil d'Etat et Cour européennes...*, op. cit., p. 535.

⁷⁸ Légitimité fondée sur l'idée que toute décision de justice doit s'intégrer dans un corpus jurisprudentiel cohérent. Voir en ce sens la métaphore de Dworkin sur le « roman à la chaîne », in « La chaîne du droit », *Droit et société*, 1985, pp. 51-79.

et à la volonté de convaincre l'autre⁷⁹. Ainsi, à l'inverse, « *du droit autoritaire (...) qui s'impose par le respect et la majesté, [et qui] n'a guère à motiver* »⁸⁰, celui « *qui se veut démocratique œuvre de persuasion et de raison* »⁸¹, doit faire appel à la « *vertu intellectuelle* »⁸² du juge et à sa capacité à dialoguer avec ceux qu'elle se propose d'influencer.

Comme a su le souligner Patrice Rolland en 1991 à propos de l'application par le Conseil d'Etat de la CEDH, « *la jurisprudence de Strasbourg n'est ni rigide, ni immuable, rien n'interdit qu'un dialogue se noue entre les juridictions internes et le juge international, qui conduise à des réévaluations de l'interprétation de la CEDH. Mais il faut pour cela que les motifs du juge interne apparaissent clairement (...). Dès lors qu'il existe un juge international qui se prononce en dernier lieu après le CE, le laconisme de ses décisions n'est profitable ni du point de vue interne ni du point de vue international. Pour passer du stade de l'ignorance ou de l'affrontement indirect à celui de la collaboration (...), une motivation plus abondante des décisions contribue à étendre ce principe de publicité constitutif du modèle de démocratie que le Conseil de l'Europe a entrepris de protéger et de développer depuis la seconde guerre mondiale* »⁸³. En d'autres mots, l'existence d'un dialogue entre juges sous-tend par principe un effort de ces derniers pour

⁷⁹ D. Fonseca, « L'effet habermas dans la doctrine constitutionnelle contemporaine », *RDP*, 2007, p. 1589.

⁸⁰ Ch. Perelman, « La motivation des décisions de justice. Essai de synthèse », in Ch. Perelman et P. Foriers, *La motivation des décisions de justice*, *op. cit.*, p. 426.

⁸¹ *Ibid.*

⁸² Aristote, *Ethique à Nicomaque*, Livre II, Théorie de la vertu, GF, 1992.

⁸³ P. Rolland, « L'interprétation de la CEDH », *RUDH*, 1991, p. 280 et s., p. 288. – Voir aussi P. Wachsmann, in F. Lichère, L. Potvin-Solis et A. Raynouard (dir.), *Le dialogue entre les juges européens et nationaux : incantation ou réalité ?*, *op. cit.*, p. 194.

bien motiver leurs décisions de justice. Et sur ce point, force est de constater que les Cours européennes n'ont rien à envier. Sans entrer dans le détail⁸⁴, on rappellera que les motivations strasbourgeoise et luxembourgeoise présentent la particularité d'être très explicites, « *explicative(s) complète(s) et concrète(s), souvent longue(s) et minutieuse(s)* »⁸⁵. La partie en droit desdits jugements témoigne en effet d'un soin marqué de ces Cours pour être les plus intelligibles possible mais aussi pour convaincre et persuader le lecteur du caractère juste, raisonnable ou encore adéquat de la solution retenue. De fait, une telle manière de motiver – précisément induite par la nécessité d'une coopération véritablement effective et productive avec les juges internes – est plus à même de créer une disposition à l'action de la part de ces derniers, de susciter une meilleure circulation des sens et donc, par extension, de permettre une rencontre éclairée des différents interlocuteurs du dialogue au profit d'un horizon à atteindre ensemble.

Si le dialogue des juges permet sans conteste d'affermir l'autorité⁸⁶ des jurisprudences strasbourgeoises et luxembourgeoises, c'est également parce que les échanges

⁸⁴ Pour plus de développements, voir H. Ruiz-Fabri et J-M. Sorel, *La motivation des décisions des juridictions internationales*, Pedone, 2008, 285 p. – L. Coutron (dir.), *Pédagogie judiciaire et application du droit communautaire et européens*, op. cit.

⁸⁵ R. De Gouttes, « L'influence de la CEDH sur la Cour de cassation », *GP*, 12 juin 2007, n° 163, pp. 19-29.

⁸⁶ La notion d'autorité est donc ici envisagée, non pas en terme de pouvoir de contrainte, mais plutôt en partant de l'idée de collaboration et de dialogue constructif entre juges européens et juges nationaux. – Sur cette conception plus souple de l'autorité et qui se définit comme « *la valeur probante qui s'attache à une opinion de droit, émise dans un acte authentique officiellement habilité à dire le droit* », voir B. Frydman, « L'autorité des interprétations de la Cour (d'arbitrage de Belgique) », *REV. DR. ULB*, 2002, pp. 107-127, p. 121.

d'arguments successifs entre Cours européennes et juges internes permettent, dans tous les cas⁸⁷, à ces deux juridictions supranationales d'éprouver la clarté, la justesse, la solidité mais aussi la rationalité du contenu et de la portée de la motivation qu'elle développe dans chacune de leur décision de justice. En effet, de ce jeu d'influences réciproques entre les motifs européens et internes, de cette interactivité, résulte généralement une application plus éclairée et renforcée des droits communautaire et conventionnel. Le dialogue des juges s'analyse alors bel et bien comme un moyen d'améliorer la qualité de la production juridictionnelle et jurisprudentielle des Cours européennes. Pour toutes ces raisons, il remplit sans conteste une fonction de légitimation.

A côté de cela, le dialogue des juges va manifester la volonté des Cours de Strasbourg et de Luxembourg de s'adapter aux juridictions nationales qu'il s'agit en définitive pour elles de connaître. Conscients des risques de rejet total attachés à la « *transplantation* »⁸⁸ d'un système juridique sur un autre, les juges européens ont en effet préféré la recherche d'un accord⁸⁹,

⁸⁷ Sur l'ensemble des formes de dialogue (interprétation contradictoire, conforme, conciliante, neutralisante, anticipatrice), voir par exemple F. Sudre (dir.), *Le dialogue des juges*, Cahiers de L'IDEDH n° 11, *op. cit.* – Voir *infra* les illustrations fournies par la présente étude, in Partie 2, Chapitre 1.

⁸⁸ M. Delmas-Marty, « Le pluralisme ordonné et les interactions entre ensembles juridiques », *op. cit.*, p. 956. Selon l'auteur : « *le principal défaut de la transplantation tient au caractère unilatéral d'un mode d'intégration juridique qui se limite à transposer un concept (...) « clé en mains » d'un pays à l'autre sans réciprocité, au nom d'une efficacité à courte vue* ».

⁸⁹ Sur la nécessité pour le juge de s'adapter à son auditoire s'il veut emporter l'adhésion de ce dernier et, par là même, gagner en légitimité, voir Ch. Perelman et L. Olbrechts-Tyteca, *Traité de l'argumentation. , La nouvelle rhétorique*, éd. de l'Université de Bruxelles, 5e éd., 1998, 734 p.

d'une « *convergence raisonnée* »⁹⁰ et donc, la réciprocité qu'induit par principe l'échange dialogique. Le dialogue apparaît, une nouvelle fois, comme le vecteur d'une réception facilitée de la production juridictionnelle et jurisprudentielle européenne en droit interne. A cet égard, il confirme sa contribution à la construction et au développement de la légitimité de ces derniers.

Si l'idée selon laquelle c'est en usant de l'argumentation et en se montrant particulièrement ouverts aux attentes et aux préoccupations de ceux que l'on cherche à influencer, autrement dit en s'efforçant de dialoguer que l'on va pouvoir rehausser sa légitimité et arriver à s'imposer auprès de ces derniers, est très présente en doctrine⁹¹, elle est également vérifiable en pratique. Sans qu'il soit nécessaire de donner des exemples – ceux-ci étant finalement disséminés tout au long du présent chapitre et, plus largement, de la présente étude – il est en effet permis de relever l'impact du dialogue sur la force d'attraction et la crédibilité des deux Cours européennes et ce, auprès des juridictions nationales. Au demeurant, ces dernières sont loin d'être en reste puisqu'elles aussi vont pouvoir tirer profit des échanges engagés avec la CJCE et la Cour EDH et voir leur office prendre de l'ampleur et gagner en légitimité⁹². Selon

⁹⁰ B. Pacteau, « Le juge administratif français et l'interprétation européenne », in F. Sudre (dir.), *L'interprétation de la CEDH*, Bruylant, 1998, pp. 151-287, p. 258.

⁹¹ Outre les références déjà citées voir F. Picod, « La coopération juridictionnelle », in J. Auvret-Finck (dir.), *L'union européenne : carrefour de coopération*, op. cit., p. 208. – L. Scheek, *Les cours européennes et l'intégration par les droits de l'homme*, Thèse dactyl., Université Paris I, 2006, 1074 p., p. 424.

⁹² R. De Gouttes, *La CEDH et le juge français*, RIDC, 1999, pp. 7-20, p. 7. – Voir aussi J. Andrianstimbazovina, *L'autorité des décisions constitutionnelles et européennes sur le juge administratif*, Lgdj, coll. Bibliothèque de droit public, 663 p., p. 193. Selon cet auteur, la force de

nous, il est par conséquent possible d'affirmer qu'en plus d'assurer l'harmonisation des droits en Europe, le dialogue des juges sert une autre finalité : celle d'un enrichissement mutuel du savoir, d'un dépassement des divergences et d'une revalorisation réciproque du rôle de chacun des interlocuteurs. Un tel constat ne doit pas, toutefois, nous faire oublier la volonté manifeste des deux Cours européennes de maîtriser cette communication et cette interactivité. Si le dialogue des juges postule en soi la perspective d'un droit public européen⁹³, il n'en révèle pas moins selon certains auteurs et praticiens la soumission certaine du juge national en ce sens que celui-ci serait en définitive obligé d'accepter le discours des Cours européennes s'il ne veut pas être condamné. La coopération judiciaire semblerait donc « *en réalité imposer que l'un des protagonistes – le juge national – soit tenu [tel « un bon élève discipliné »⁹⁴ et qui n'est « plus que la voix de son maître – le juge européen »] de collaborer à l'édification de l'Europe nouvelle »⁹⁵. C'est ici qu'apparaît véritablement la problématique de la dimension unilatérale du dialogue des juges.*

persuasion de la jurisprudence des cours européennes permet aux juridictions nationales de renforcer leur propre jurisprudence. Elle donne à celle-ci un fondement plus solide puisqu'elle bénéficie précisément du prestige des premières. – Voir encore R. De Gouttes, « La CEDH et le juge national : vers une consolidation de la mission et du statut du juge », in F. Sudre (dir.), *Le droit français et la CEDH, 1974-1992*, éd. N.P Engel, 1994, p. 50.

⁹³ B. Stirn, « Juridictions administratives et cours européennes », *Rev. administrative*, 1999, pp. 212-220, p. 212.

⁹⁴ M. Clapié, « Un jugement de convenance », note sous CE, Ass., 8 février 2007, Sté Arcelor Atlantique et Lorraine et al., *La lettre de Bastille-République-Nations*, 28 mai 2008, n° 038, p. 12.

⁹⁵ *Ibid.*

§ II - UN DIALOGUE MANIFESTEMENT MAITRISE PAR LES COURS EUROPEENNES

Si « *droit communautaire et droit de la CEDH soulèvent des questions d'interprétation qui appellent des dialogues entre les juges chargés de les appliquer* »⁹⁶, les Cours européennes souhaitent visiblement garder une certaine main mise sur les échanges. Comme nous aurons l'occasion de le voir plus en avant, la CJCE et la Cour EDH entendent toutes les deux avoir la maîtrise des termes⁹⁷, des interlocuteurs⁹⁸, de la poursuite⁹⁹ ou encore de la fin du dialogue¹⁰⁰. A cet égard, il semble en effet que les interprétations européennes finissent généralement par prévaloir auprès des juridictions internes (A). Dans le même sens, force est de reconnaître que le rapprochement des interprétations européennes et nationales est très souvent « pré-orienté » par les juges de Strasbourg et de Luxembourg grâce aux méthodes d'interprétation que ces derniers choisissent de mobiliser à l'appui de leur décision (B). Est-ce alors à dire que

⁹⁶ B. Stirn, « Juridictions administratives et cours européennes », *op. cit.*, p. 214.

⁹⁷ On pense ici aux principes généraux du droit communautaire. Voir la Section 2, §. 1, A) de ce même Chapitre.

⁹⁸ Voir *infra* les développements de la Section 2 de ce même Chapitre consacrés à la réception par les Cours européennes des raisonnements juridiques nationaux au sein de leur motivation.

⁹⁹ Pour ne citer qu'un exemple voir la décision d'irrecevabilité de la Cour EDH du 20 avril 2010, *El orabi c/ France*, (req. n° 20672/05) qui relance le dialogue des juges à propos de la cristallisation des pensions des anciens combattants. Cette décision s'analysant en effet comme une sorte d'avertissement de la Cour EDH avant la décision attendue du Conseil constitutionnel, (voir CC, 28 mai 2010, décision n° 2010-1 QPC, JORF n° 0122, 29 mai 2010, p. 9728). – Pour d'autres exemples de relance du dialogue des juges par les Cours européennes, voir *infra* la Partie 2 et la Partie 3 de la présente étude.

¹⁰⁰ Voir également *infra* la Partie 2 et la Partie 3 de la présente étude.

la dimension consensuelle du dialogue entre Cours européennes et juridictions nationales n'est qu'illusion ? A première vue possible, ce constat doit selon nous être relativisé. L'étude des deux points susmentionnés nécessite en effet d'aller au-delà des apparences pour finalement saisir la réalité de leur dialogue. Rejoignant une certaine partie de la doctrine, il nous semble plus pertinent de considérer que la présence d'intérêts propres à chacun des interlocuteurs, ou encore la décision de ceux-ci de conférer à leur discours une valeur supérieure aux autres, ne rendent pas toujours invalide l'idée même de dialogue et de véritable coopération¹⁰¹. Mieux encore, « *une bonne théorie du dialogue ne peut négliger d'exposer le jeu dialogique comme jeu de stratégies* »¹⁰².

A - Un rapprochement des interprétations imposé par les juges européens

Comme a pu se le demander Laurence Burgorgue Larsen dans les *Mélanges Bruno Genevois*, « *que l'on examine la question à travers le prisme de l'autorité de la chose interprétée ou celui de l'impératif de discipline juridictionnelle, la jurisprudence européenne n'est-elle pas une sorte de rouleau compresseur qui finit au bout du compte par obtenir le ralliement des juges internes à Strasbourg ?* »¹⁰³. Dans le même sens, le dialogue n'est-il pas « *qu'un leurre dans la mesure où*

¹⁰¹ M. Auvray, *Le dialogue entre Conseil d'Etat et Cour européennes...*, op. cit., pp. 528 et s. et 541 et s.

¹⁰² F. Jacques, *Dialogiques, recherches logiques sur le dialogue*, op. cit., p. 180.

¹⁰³ L. Burgorgue-Larsen, « De l'internationalisation du dialogue des juges. Missive doctrinale à l'attention de B. Genevois », in *Mélanges en l'honneur de B. Genevois. Le dialogue des juges*, Dalloz, 2009, pp. 95-130, p. 111.

c'est l'argument européen qui est toujours gagnant ? »¹⁰⁴ (1). Aussi intéressante et attrayante que soit cette interrogation, la réalité semble bien plus complexe. Il est en effet nécessaire de dépasser le sentiment premier que l'on peut avoir lorsque l'on envisage les rapports entre Cours européennes et juges internes, à savoir celui d'une relation d'autorité (2).

1 - La question de la prévalence des interprétations authentiques délivrées par les Cours européennes

« Un dialogue des juges nationaux et des juges européens ? Qui ne le souhaite ! Mais que ce soit un vrai dialogue, source d'enrichissement mutuel et non un asservissement docile des juridictions nationales à la jurisprudence des Cours de Luxembourg et de Strasbourg ». Ces mots, que l'on doit au président Renaud Denoix de Saint-Marc donnent très clairement le ton¹⁰⁵. Ils expriment cette idée très largement répandue selon laquelle le véritable dialogue des juges suppose que chacun des interlocuteurs trouve sa place sans ambiguïté et développe des rapports équilibrés, ouverts et, surtout, sans visée hégémonique. Cela étant, il est impossible de ne pas songer à la force d'impact singulière que revêtent les décisions de justice européennes du fait de la compétence spéciale d'interprétation dévolue à la CJCE et à la Cour EDH en vertu de leur texte de référence.

L'article 32§1 de la CEDH confère à la Cour EDH le pouvoir d'interpréter la Convention européenne des droits de l'homme. Le § 2 dispose, quant à lui, que la Cour EDH a la

¹⁰⁴ *Ibid.* – Aussi P. Wachsmann, « Le dialogue ou bien la guerre », in *Mélanges B. Genevois...*, *op. cit.*, p. 1138.

¹⁰⁵ R. Denoix de Saint-Marc, « Introduction », B. Lukazewicz et H. Oberdorff (dir.), *Le juge administratif et l'Europe : le dialogue des juges*, *op. cit.*, p. 14.

« compétence de sa compétence »¹⁰⁶. Cela signifie d'une part, qu'elle tranche souverainement les litiges qui lui sont soumis et d'autre part, que les interprétations qu'elle livre de la Convention – qui doivent être comprises comme intégrée dans son corps – présentent le caractère d'une interprétation authentique¹⁰⁷. A cet égard, tous les organes nationaux et internationaux chargés, en vertu de l'article 1 de la CEDH, d'assurer le respect des droits et libertés conventionnels devraient précisément les garantir en prenant en compte les interprétations de la Convention conférées par la Cour EDH¹⁰⁸. Comme l'a en effet rappelé la Cour EDH dans son arrêt *Opuz* : en « *gardant à l'esprit qu'elle a pour tâche de donner une interprétation authentique et définitive des droits et libertés énumérés dans le titre I de la Convention, la Cour doit déterminer si les autorités nationales ont dûment pris en compte des principes découlant des arrêts qu'elle a rendus sur des questions similaires, y compris dans des affaires concernant d'autres Etats que la Turquie* »¹⁰⁹.

Dans le même sens, on relèvera que si la règle du § 2 de l'article 32 de la CEDH ne trouve pas d'équivalent dans les

¹⁰⁶ Cette disposition renvoie au principe allemand « *Kompetenz-Kompetenz* ». Sur ce point, P. Tavernier, « L'étendue de la compétence de l'organe de contrôle », in F. Sudre (dir.), *L'interprétation de la CEDH*, Bruylant, 1998, pp. 175-195.

¹⁰⁷ Le concept s'attache ici au titulaire de l'interprétation. Selon Hans KELSEN, toute interprétation par un organe d'application du droit est authentique, c'est-à-dire qu'elle crée du droit, dans un cas concret ou pour tous les cas identiques, in *Théorie pure du droit*, Bruylant, coll. La pensée juridique, 1999, 367 p., p. 461.

¹⁰⁸ J. Callewaert, « article 45 » in L-E. Pettiti (dir.), *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, Economica, 1995, p. 767.

¹⁰⁹ Cour EDH, 9 juin 2009, *Opuz c/ Turquie*, req. n° 33401/02, §. 163 ; chron. F. Sudre, *JCP G.*, 2009, pp. 36-41

Statuts de la CJUE, l'article 19 du TUE dispose toutefois que cette dernière « assure le respect du droit dans l'interprétation et l'application des traités ». Par ailleurs, l'article 267 TFUE donne bel et bien compétence à la Cour de justice pour statuer, à titre préjudiciel, sur l'interprétation des traités. Enfin, sans que cette dernière ait explicitement exprimé son statut d'interprète authentique, il ressort de l'arrêt *Denkavit Italiana* que l'interprétation qu'elle donne d'une règle « éclaire et précise, lorsque besoin en est, la signification et la portée de cette règle, telle qu'elle doit ou aurait dû être comprise et appliquée depuis le moment de sa mise en vigueur »¹¹⁰. C'est dire qu'à l'instar de la Cour EDH, l'office de la CJ ne saurait se résumer à l'énoncé, au sein du dispositif, d'une norme individuelle visant à résoudre une situation conflictuelle dont il a été saisi. Celui-ci consiste plus largement dans l'énoncé du droit issu de son interprétation et, par là même, implique de bien distinguer autorité de chose jugée et autorité de chose interprétée¹¹¹.

A partir de là, une question se pose. Le fait que les juges européens fournissent l'interprétation authentique des droits européens ne contribue-t-il pas à ce que la relation qu'ils développent avec les juges internes soit dès le départ « biaisée »¹¹² ? Dès lors, si la solution adoptée par les juges européens et le juge interne au terme du dialogue est commune, n'est-ce pas seulement parce que ce dernier n'a finalement pas

¹¹⁰ CJCE, 27 mars 1980, *Denkavit Italiana*, aff. C-61/79, Rec. p. 1205. Voir aussi CJCE, 10 février 2000, *L. Schröder*, aff. C-50/96, Rec. I p. 743. – On ajoutera que les caractéristiques spécifiques de la procédure préjudicielle plaident également en ce sens.

¹¹¹ Sur ce point, voir A. Viala, « De la dualité du *sein* et du *sollen* pour mieux comprendre l'autorité de la chose interprétée », *RDP*, 2001, pp. 777-810, p. 788.

¹¹² B. Belda, « Les faux semblant du dialogue des juges », *op. cit.*, p. 237.

d'autre choix que de l'accepter sauf à réfuter l'interprétation authentique et l'autorité de la chose interprétée des Cours européennes ? Les rapports entre ces juridictions ne procèderaient-ils pas d'une obligation pratique de réception caractérisant une logique de subordination¹¹³ plutôt que d'une démarche consensuelle ? Plusieurs éléments vont effectivement en ce sens, nourrissant l'impression que ce qui devrait être un échange dialogique véritablement réciproque est en pratique transformé en discours trop unilatéral¹¹⁴.

D'une part, il est important de rappeler que si dialogue il y a, celui-ci est clôt par les Cours européennes qui entérinent, par le biais de leurs décisions de justice, le fait que le juge ait fini par adopter une interprétation allant dans le sens fourni par elles.

D'autre part, il convient sans doute d'accorder un statut particulier à la question de l'interprétation conforme des juridictions nationales¹¹⁵ – qui ne reflète guère l'autonomie que

¹¹³ *Ibid.*, p. 236.

¹¹⁴ C'est le constat fait par J-C. Bonichot, in « Le juge administratif et l'Europe », *Revue annuelle des avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation*, 2005, pp. 121-126, p. 121. Selon lui « le dialogue des juges demeure trop unilatéral. (...) La pratique de ce dialogue le fait ressentir comme un rapport d'autorité ».

¹¹⁵ Sur ce point voir D. Riochet, « L'interprétation conforme à la CEDH », in F. Sudre (dir.), *Le dialogue des juges, Cahiers de l'IDEDH n° 11, op. cit.*, pp. 97-128. Pour des exemples d'interprétation conforme, voir *infra* B. Pastre-Belda, Partie II, Chap. 1, spéc. p. 217 et s.. Pourrait être mentionnée ici la position du CE dans l'arrêt *Gisti* du 7 février 2003, (° 243634, Rec. p. 30 ; comm. A. Fitte-Duval, *RFDA*, 2003, pp. 972 et s.) à la suite de l'arrêt de la Cour EDH, 17 juillet 2001, *Association Ekin c/ France*, req. n° 39288/98, Rec. 2001-VIII ; note P. De Fontbressin, *RTDH*, 2002, pp. 699 et s. – A propos du droit communautaire, l'arrêt CE du 8 décembre 2000, *Eglise de scientologie de Paris*, (n° 181533 ; comm. P. Cassia, *Europe*, 2001, p. 21) qui fait une application conforme de la position de la CJ dans l'arrêt du même nom, CJCE, 14 mars 2000, *Eglise de scientologie*, aff. C-54/99, Rec. I-1355 ; note G. Jazotte, *RTDC*, 2001, pp. 814-832.

ces dernières doivent conserver pour que l'on puisse effectivement parler d'une « *coopération raisonnée* »¹¹⁶ et donc, d'un réel dialogue¹¹⁷. Manifestation d'un suivisme certain des juges internes, ou encore d'un alignement sans discussion, l'interprétation conforme ne laisse pas apparaître de réflexion sur la pertinence ou le caractère vraiment adaptée de la solution dégagée, dans son application à l'ordre juridique interne. Ainsi a-t-il pu être reproché au Conseil d'Etat d'avoir, repris dans l'affaire *Griesmar*¹¹⁸, la position de la Cour de justice, concernant l'égalité homme-femme en matière de pensions de retraite, sans « *tenter ni d'affirmer, ni d'infirmer le lien entre cette conception et celle qu'il a affinée depuis des décennies* »¹¹⁹. Encore qu'elle ne soit peut-être pas si passive¹²⁰, une telle attitude du juge national révélerait donc plutôt l'existence d'un monologue au profit des Cours européennes.

Enfin, doivent être également mentionnées deux autres formes de « docilité » auxquelles a été déniée la qualification de dialogue. Comme l'explique Mathilde Auvray dans sa thèse¹²¹, il en va ainsi lorsque le juge national accepte d'intégrer, sans

¹¹⁶ En ce sens, voir M. Auvray, *Le dialogue entre Conseil d'Etat et Cour européennes...*, *op. cit.*, pp. 487 et s.

¹¹⁷ Voir en ce sens par exemple G. Guidicelli-Delage, « Les jeux de l'interprétation entre discontinuités et interactions », *op. cit.*, p. 23. M. Luciani, « L'interprétation conforme et le dialogue des juges, notes préliminaires », in *Mélanges B. Genevois. Le dialogue des juges, op. cit.*, p. 695.

¹¹⁸ CE, 29 juillet 2002, *Griesmar*, n° 141112, Rec. p. 284 ; concl. Lamy, AJDA, 2002, p. 823, se conformant à la réponse préjudicielle fournie par la CJCE le 29 novembre 2001 (aff. C-366/99, Rec. p. I-9383).

¹¹⁹ A. Fitte-Duval, « Droits des pensions : l'égalité entre les sexes à marche forcée ? », *AJFP*, 2002, p. 8.

¹²⁰ V. sur ce point, *infra*. B. Pastre-Belda, Partie II, chapitre I, spéc. p. 185-186.

¹²¹ M. Auvray, *Le dialogue entre Conseil d'Etat et Cour européennes...*, *op. cit.*, pp. 489-497 et 508-514.

recul ni considération des spécificités de son ordre juridique, les raisonnements développés par les juges européens, comme ce fut le cas par exemple avec l'admission¹²² par le Conseil d'Etat des discriminations à rebours¹²³. C'est ensuite l'hypothèse de la reproduction par la juridiction interne d'une jurisprudence européenne contestable, qui entretient des approximations¹²⁴.

Sans négliger la valeur particulière dont sont effectivement

¹²² Voir J-C. Bonichot pour qui « *si certaines décisions qui font application de la règle d'interdiction des discriminations à raison de la nationalité ne suscitent pas de critiques particulières, en revanche on peut regretter la constance avec laquelle le Conseil admet la validité, au regard du droit communautaire, des discriminations à rebours* », (« Convergences et divergences entre le CE et la CJCE », *RFDA*, 1989, p. 600).

¹²³ CE, Ass. 27 juillet 1979, *Syndicat national des fabricants de spiritueux consommés à l'eau*, Rec. p. 335, faisant application de l'arrêt CJCE, 28 mars 1979, *The Queen c/ Saunders* (aff. 175-78, Rec. p. 1129), pour réaffirmer que les discriminations à rebours ne peuvent être sanctionnées sur le fondement du droit communautaire. Du point de vue de la Cour de justice, en effet, ces discriminations relèvent de la catégorie des situations purement interne. Sauf quand est en cause un national qui fait usage d'une libre circulation ou dont la situation présente un lien avec la libre circulation, leur existence est en conséquence indifférente au droit communautaire. En revanche, à partir de l'arrêt *Steen II* du 16 juin 1994 (aff. C-132/98, Rec. I-2715), la Cour de justice a affirmé la possibilité pour le juge national d'examiner les cas de discriminations à rebours à la lumière des normes et des principes de son ordre juridique interne garantissant l'égalité de traitement. Il aura cependant fallu attendre l'arrêt du 6 octobre 2008, *Compagnie des architectes en chef des monuments de Paris*, (n° 310146 ; *RFDA*, 2009, pp. 132 et s., comm. A. Iliopoulou) pour voir effectivement le CE en condamner une.

¹²⁴ C'est le cas lorsque le Conseil d'Etat reproduit, par exemple dans son arrêt d'Assemblée du 8 avril 1988, *Société SercFun Radio* (Rec. p. 138 ; concl. S. Hubas, *RFDA*, 1999, p. 194) les ambiguïtés de la jurisprudence communautaire découlant de la confusion entre d'une part, la notion d'entrave et, d'autre part, celle de discrimination directe et indirecte (voir par exemple CJCE, 31 mars 1993, *Kraus c/ Land Baden-Württemberg*, aff. C-19/92, Rec. p. I-1663 ; comm. L. Cartou, *LPA*, 1993, n° 108, p. 19).

revêtues les décisions de justice des Cours européennes auprès des juridictions nationales – une parfaite symétrie des positions étant d'ailleurs théorique¹²⁵ –, il semble cependant nécessaire d'aller au-delà d'un simple rapport d'autorité. Reposant sur la coopération et la collaboration, les rapports de compétences entre juges de Strasbourg, de Luxembourg et juge national semblent en effet, par principe, refuser toute idée de hiérarchie au profit des Cours de justice européennes et, concernant les juridictions internes, tout mécanisme imposant leur alignement automatique.

2 - Le dépassement nécessaire du sentiment d'une relation d'autorité entre juges européens et juges nationaux

Si la Cour EDH et la CJCE entendent bel et bien voir les juridictions nationales accepter et réceptionner l'autorité de leurs interprétations, il est important de ne pas perdre de vue que l'organisation des systèmes juridiques européens est fondée sur un partage des responsabilités. La technique de la marge nationale d'appréciation développée à Strasbourg et précédemment évoquée en est la parfaite illustration. Loin de la logique pyramidale chère à Hans Kelsen, la construction européenne a plutôt laissé place à une véritable « *imbrication des ordres juridiques* »¹²⁶ communautaires, conventionnels et nationaux. Ces liens que les Cour de justice internes et européennes ont développés et cherché à rendre féconds permettent aujourd'hui de penser le droit en termes de

¹²⁵ Nous paraphrasons ici M. Auvray, in *Le dialogue entre Conseil d'Etat et Cour européennes...*, *op. cit.*, p. 33.

¹²⁶ M. Guyomar, « Les rapports entre droit communautaire, droit de la CEDH et droit interne », concl. sur CE, 10 avril 2008, Conseil national des barreaux et al., *RFDA*, 2008, pp. 577 et s.

« réseau »¹²⁷. Un réseau dans lequel « *chacun des deux acteurs judiciaires [i.e Cours européennes et juridictions nationales] arriv(ent) au bout du compte à tirer son épingle du jeu* »¹²⁸. Comme l'explique Laurence Burgorgue-Larsen à propos des résistances qui ont opposé le Conseil d'Etat à la Cour EDH en ce qui concerne le rôle du commissaire du gouvernement, le juge administratif français a par exemple parfaitement su tirer profit de la logique conventionnelle. N'est-il pas « *en effet celui qui, au bout du compte, participe à réformer de fond en comble des législations surannées et obsolètes ? Son prestige n'en sort-il pas rehaussé ? Surtout, ne s'adonne-t-il pas à ce que l'on a appelé en doctrine l'interprétation constructive ?* »¹²⁹.

Dans cette optique, le dialogue entre juges strasbourgeois, luxembourgeois et juges nationaux peut être analysé comme le signe le plus topique d'un « *réseau juridictionnel* »¹³⁰ en perpétuel mouvement qui va permettre, sans être le résultat d'« *une obligation juridiquement sanctionnée* », d'élaborer « *un corpus normatif commun (...) à partir de la recherche d'un*

¹²⁷ Voir en ce sens notamment F. Ost et M. Van de Kerchove, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés de Saint Louis, 2002, 587 p. – J. Chevallier, « Vers un droit postmoderne ? Les transformations de la régulation juridique », *RDP*, 1998, pp. 659-690. – A.-J. Arnaud, « De la postmodernité », in *Entre modernité et mondialisation*, Paris, LGDJ, 1998, pp. 141 et s. – Plus spécifique, voir A. Louvaris, « Le Conseil d'Etat, juridiction suprême en réseau », *Dalloz*, 2005, pp. 859-864.

¹²⁸ L. Burgorgue-Larsen, « De l'internationalisation du dialogue des juges. Missive doctrinale à l'attention de B. Genevois », *op. cit.*, p. 111.

¹²⁹ *Ibid.* – Sur la fonction de légitimation du dialogue voir nos développements *supra*. – Sur l'interprétation constructive du juge administratif qui permet à ce dernier de reprendre la main des échanges, voir *infra* la Partie 1, Chapitre 1, Section 2 de la présente étude.

¹³⁰ A. Rouyère, « Le juge administratif et les règles garantissant les libertés », *JCl. Libertés*, Fasc. 250, §. 104).

référentiel normatif harmonisé vers le haut »¹³¹ et d'asseoir l'autorité de chacun des interlocuteurs face à des interprétations concurrentes. Comme nous l'avons dit, derrière le dialogue ou la « *bénévolence* »¹³² des juges à s'inspirer des autres, se profile une quête de légitimation de son propre pouvoir face à une difficulté d'interprétation.

A travers le dialogue s'exprime donc une nouvelle facette de l'office des juges, une nouvelle dynamique. Une dynamique cherchant à « *ordonner le multiple par des procédés visant à réaliser la mise en cohérence et à assurer la compatibilité des normes de provenances diverses* »¹³³. Une dynamique faite d'échanges divers et d'interactions horizontales, d'influences consenties et de chassés-croisés de références ou encore de réceptions plus ou moins volontaires d'arguments. De fait, il laisse entrevoir que les juridictions – qu'elles soient internes ou européennes – ne sont aucunement repliées sur elles-mêmes mais se révèlent plutôt être à un « *carrefour circulaire où se croisent de manière ordonnées les décisions de justice qui construisent un droit en devenir permanent* »¹³⁴. S'exprime alors un réel besoin de communication entre les différents ensembles juridiques afin d'obtenir un minimum de convergence matérielle et de cohérence quant à leur interprétation des droits. Par le dialogue des juges se manifeste donc « *un processus interprétatif auquel participent les juridictions chargées de l'interprétation authentique d'une*

¹³¹ *Ibid.*, §. 109.

¹³² G. Canivet, G. Canivet, « Les influences croisées entre les juridictions nationales et internationales. Eloge de la *bénévolence* des juges », *RSC*, 2005, pp. 799-817.

¹³³ J. Chevallier, « Vers un droit postmoderne ? ... », *op. cit.*, pp. 659-698.

¹³⁴ G. Canivet, « Les influences croisées entre les juridictions nationales et internationales. Eloge de la *bénévolence* des juges », *op. cit.*, p. 817.

norme constitutive d'un ordre juridique donné et les juridictions chargées de l'application de celle-ci afin de déterminer l'interprétation prioritaire permettant d'assurer la cohérence de l'interprétation et de l'application de la norme constitutive de cet ordre juridique »¹³⁵.

Grâce au dialogue qui s'est noué entre eux, chacun des acteurs de la construction européenne évoquée *supra* va en effet pouvoir prendre conscience de la nécessité de fonctionner selon un véritable partage des responsabilités. Par le biais des échanges successifs qu'ils développent, juges européens et juges internes contribuent alors à la circulation des sens et la reconnaissance d'une certaine parenté entre les normes utilisées, nécessaires toutes deux à la résolution des litiges concrets dont ils sont respectivement saisis mais aussi, plus largement, à la formation d'un droit commun véritablement équilibré. Sans remettre fondamentalement en question ce qui vient d'être dit, observons maintenant dans quelle mesure et par quels moyens Cour EDH et Cour de justice de Luxembourg vont chercher à exercer leur emprise sur le déroulement du dialogue afin de diriger les échanges dans le sens qui leur semble le plus adéquat eu égard à l'objectif poursuivi dans le cas concret et/ou à long terme.

B - Un rapprochement des interprétations orienté par les juges européens

Si les rapports entre Cours européennes et juges nationaux se définissent comme des rapports de coopération juridictionnelle, il est tout de même important de ne pas sous-

¹³⁵ J. Andrianstimbazovina, « L'autorité de la chose interprétée et le dialogue des juges. En théorie et en pratique, un couple juridiquement inséparable », in *Mélanges en l'honneur de B. Genevois...*, *op. cit.*, pp. 11-28, p. 14

estimer le travail des deux juridictions supranationales pour faire accepter leur point de vue et leur logique auprès des juges internes. Généralement désignée par le terme de « *pré-orientation* »¹³⁶ du dialogue, cette démarche – qui emprunte plusieurs voies – invite alors à reconsidérer le caractère véritablement consensuel et réciproque des échanges entre Cours de justice européennes et juridictions nationales au profit d'une dimension qui peut apparaître, aux yeux des juges internes, comme plus unilatérale (1). Aussi compréhensible que soit ce sentiment, il nous semble toutefois impossible de parler de monologue. La question de la dimension unilatérale doit par conséquent être évoquée mais relativisée (2).

1 - Les manifestations

Selon J. Andriantsimbazovina, les méthodes d'interprétation « *peuvent apparaître comme un instrument unilatéral de dialogue. C'est en effet la Cour qui décide du moment du dialogue, du thème du dialogue et de l'orientation du dialogue. [Partant], le juge national pourrait avoir l'impression de subir quelque peu la jurisprudence européenne* »¹³⁷. Dressé à propos de la Cour EDH, ce constat vaut également, quoique dans une

¹³⁶ Pour plus de détails sur cette « doctrine de la pré-orientation » du dialogue, voir par exemple J. Andriantsimbazovina, « Les méthodes d'interprétation de la Cour EDH, instrument de dialogue ? », in F. Lichère, L. Potvin-Solis et A. Raynouard (dir.), *Le dialogue entre les juges européens et nationaux : incantation ou réalité ?*, *op. cit.*, p. 188. – B. Belda, « Les faux semblants du dialogue des juges », *op. cit.*, pp. 239 et s. – Ou encore G. Guidicelli-Delage, « Les jeux de l'interprétation entre discontinuités et interactions », in *Mélanges en l'honneur de R. Ottenhof. Le champ pénal*, Paris, Dalloz, 2006, pp. 17-36, spéc. p. 20.

¹³⁷ J. Andriantsimbazovina, « Les méthodes d'interprétation de la Cour EDH, instrument de dialogue ? », *op. cit.*, p. 188.

moindre mesure¹³⁸, pour la Cour de justice. Dans les deux cas, il semble bien que le choix de l'interprétation retenue par ces juridictions – autonome, finaliste, évolutive et consensuelle, constructive, etc... – ait pour fonction de conférer aux échanges qu'elle entretient avec le juge interne une certaine direction ou, pour dire les choses autrement, d'impulser chez lui une façon particulière d'appréhender le litige qu'il lui appartient de trancher. A partir de là, la juridiction nationale va légitimement pouvoir penser qu'il est plus question d' « *interprétation monologique* »¹³⁹ que d'une véritable « *coopération dialogique* »¹⁴⁰.

Comme a pu l'observer Béatrice Belda avant nous, l'utilisation par le juge strasbourgeois de la technique des notions autonomes¹⁴¹ – mais c'est aussi le cas pour le juge de Luxembourg¹⁴² – semble révéler « *sa volonté d'imposer au juge national, dès l'amorce du dialogue, une modification de la définition nationale de la notion au cause et ce, de manière unilatérale sans discussion ou échange sur la légitimité d'un tel changement de définition ou sur la justification de la définition elle-même* »¹⁴³. A l'inverse, la pratique d'une interprétation

¹³⁸ Le parallèle opéré ici ne doit pas en effet occulter le rôle du juge national dans le cadre de la procédure préjudicielle en ce qui concerne le moment et le thème du dialogue.

¹³⁹ *Ibid.*, p. 189.

¹⁴⁰ *Ibid.*

¹⁴¹ Voir notamment F. Sudre (dir.), *Les concepts autonomes de la CEDH*, Cahiers de L'IDEDH n° 6, Université Montpellier 1, 1997, 136 p.

¹⁴² Consulter par exemple R. Tinière, *L'office du juge communautaire des droits fondamentaux*, Bruylant, 2007, 708 p., pp. 113 et s et 119-120.

¹⁴³ B. Belda, « Les faux semblant du dialogue des juges », *op. cit.*, p. 241. – En guise d'exemple, il est possible de citer la réception par le Conseil d'Etat de l'interprétation autonome de la Cour EDH concernant la notion de « bien » au sens de l'article 1P1 CEDH (notamment CE, 24 novembre 2003, *Le*

évolutive et consensuelle, lorsqu'elle conduit à l'octroi d'une large marge d'appréciation au Conseil d'Etat, peut suggérer que la Cour ne souhaite pas imposer une modification du droit interne¹⁴⁴.

Plus largement, il semble que le choix par les Cours européennes d'une politique jurisprudentielle plutôt qu'une autre imprègne également en profondeur les rapports que celles-ci vont pouvoir entretenir avec les juges nationaux et, d'une manière ou d'une autre, impacte sur la direction et la teneur du dialogue qu'elles souhaitent nouer avec eux. Au-delà d'être le « *souffle qui guide la jurisprudence* »¹⁴⁵, la politique jurisprudentielle des juridictions européennes s'analyse donc comme le « phare » du dialogue des juges. Généralement

Floch, n° 235238, à propos des parts sociales d'une SCP de notaires, et qui fait application de la jurisprudence Cour EDH, 25 juillet 2002, *Sovtransavto Holding c/ Ukraine*, req. n° 48553/99, Rec. 2002-VII). Mais il est peut-être nécessaire de préciser aussi que toute autonomisation d'un concept inscrit dans une norme européenne n'implique pas une redéfinition du concept national correspondant. Ainsi l'interprétation autonome de la notion d'emploi dans l'administration publique au sens du traité CE n'a-t-elle ni pour conséquence ni pour finalité de faire sortir les emplois qui ne répondent pas aux critères dégagés par la Cour de justice de la catégorie des emplois publics en droit interne. Si la notion française de fonction publique peut être considérée comme redéfinie, c'est seulement sur le terrain de la libre circulation, en tant que corps constitué exclusivement d'agents nationaux.

¹⁴⁴ Il en va différemment si l'interprétation évolutive et consensuelle du juge européen conduit au constat d'une marge nationale d'appréciation étroite. La juridiction européenne s'engagera alors plutôt dans une interprétation constructive, signifiant ainsi aux juges internes qu'ils doivent faire évoluer leur droit pour se mettre en conformité avec ce qu'elle estime être la règle commune. Voir par exemple Cour EDH, 26 juillet 2005, *Siliadin c/ France* à propos de l'article 4 CEDH (était en cause l'esclavage domestique), req. n° 73316/01, Rec. 2005-VII, §. 112 ; comm. F. Sudre, *JCP G.*, 2005, n° 42, pp. 1956-1960.

¹⁴⁵ G. CANIVET, « La politique jurisprudentielle », in *Mélanges en l'honneur de Jacques BORE*, Dalloz, 2007, pp. 79-97, p. 80.

dynamique car tournée vers l'effectivité de chacun des droits européens, elle marque ainsi en profondeur – et de façon plus ou moins consciente – l'action des juridictions nationales pour les conduire raisonnablement¹⁴⁶ vers une interprétation et une application du droit conforme à ce que les Cours européennes ont initialement souhaité, tout en leur laissant toutefois l'impression de conserver une certaine liberté.

Au-delà, on ajoutera que la pratique interne du mécanisme de renvoi préjudiciel propre à la CJCE peut dans certains cas donner l'impression au juge interne qu'il n'est pas véritablement écouté. A notre sens, il en va par exemple ainsi lorsque le juge de Luxembourg – allant à l'encontre de ce que suggère sa jurisprudence constante, à savoir ne pas revenir sur la pertinence de la question préjudicielle qui lui est posée par la juridiction nationale¹⁴⁷ – décide de dépasser le cadre de celle-ci et donc, la reformule¹⁴⁸. L'affaire *De Groot* rendue en 2006 est à cet égard topique. Alors que le renvoi du Conseil d'Etat ne portait que sur

¹⁴⁶ En ce sens qu'elles ne sont pas formellement contraintes de le faire.

¹⁴⁷ CJCE, 5 février 1963, *Van gend en Loos*, aff. 26/62, Rec. p. 3 ; obs. F. Rigaux, *JT*, 1963, p. 190. – Ou encore parmi d'autres CJCE, 26 juin 2007, *Ordre des barreaux francophone et germanophone*, aff. C-305/05, Rec. p. I-5305, point 18 : « la procédure établie à l'article 234 CE se fonde sur une nette séparation des fonctions entre les juridictions nationales et la Cour, de sorte qu'il appartient au seul juge national, qui est saisi du litige et qui doit assumer la responsabilité de la décision juridictionnelle à intervenir, d'apprécier, aux regard des particularités de l'affaire, tant la nécessité d'une décision préjudicielle pour être en mesure de rendre son jugement que la pertinence des questions qu'il pose à la Cour » ; comm. B. Vatier, *GP*, 2007, n° 187-188, p. 4.

¹⁴⁸ On notera que la CJCE peut refuser de reformuler la question préjudicielle. Voir notamment l'arrêt CJCE, 16 décembre 2008, *Société Arcelor Atlantique et Lorraine et autres*, *op. cit.* L'avocat général Poirares Maduro recommandait en effet à la CJ d'élargir la réponse au-delà du cadre de la question posée par le Conseil d'Etat.

la légalité de l'inscription de certaines variétés d'échalotes sur un catalogue commun, la CJCE va déborder la question posée par le juge administratif¹⁴⁹ pour finalement considérer qu' « *un Etat membre ne pouvait interdire qu'un légume puisse être vendu sur son territoire sous le nom d'espèce échalote que si les différences entre ce légumes et les échalotes à reproduction végétatives étaient à ce point importantes qu'il ne saurait être considéré comme relevant de la même catégorie, susceptible d'être vendu sous la même discrimination avec un étiquetage adéquat pour fournir les renseignements nécessaires au consommateur* »¹⁵⁰. Mais si la reformulation des questions préjudicielle par le juge luxembourgeois manifeste ce phénomène de pré-orientation du dialogue dénoncé par certains membres de la doctrine, ne faut-il pas voir finalement dans cette démarche l'expression de la volonté de la CJCE de répondre le plus efficacement possible pour la solution du litige qui est resté devant la juridiction interne. Partant de là – et afin d'éviter toute critique quant à l'activisme de la Cour de justice – n'appartient-il pas tout simplement aux juridictions nationales de mieux

¹⁴⁹ CE, 4 février 2004, *Société De Groot En Slot Allium BV et Société Bejo Zaden BV*, n° 234560. – Pour plus de développements sur l'évolution de la position du CE à l'égard de la portée des réponses préjudicielles, voir *infra* G. Rusu, Partie 2, Chapitre 1, Section 1, §. 1.

¹⁵⁰ CJCE, 10 janvier 2006, *De Groot En slot Allium et Bejo Zaden*, aff. C-147/04, Rec. p. I-6245, point 76 ; comm. A. Bouveresse, *Europe*, 2006, p. 20. – Pour d'autres exemples, CJCE, 8 avril 1992, *Hans Otto Wagner*, aff. 94/91, Rec. p. I-2565, où la Cour reformule la question posée par le tribunal administratif de Paris sur la validité d'une note de l'annexe I d'une notice relative aux certificats d'importation et d'exportation pour produits agricoles. – CJCE, 8 septembre 2009, *Ligua Portuguesa de Futebol Profissional*, aff. C-42/07, Rec. I-7633, où la CJ réduit le champ de la question qui lui est soumise ; comm. F. Peraldi-Leneuf, *RTDE*, 2010, pp. 6-29.

expliciter leur(s) question(s) préjudicielle(s)¹⁵¹. Une motivation rigoureuse et attentive de celle-ci n'est-elle pas en effet de nature à éviter le risque de reformulation par la CJCE ?¹⁵²

Que cela soit par le biais des méthodes d'interprétation, du choix d'une certaine politique jurisprudentielle ou encore de la possibilité pour la CJCE de reformuler la question préjudicielle qui lui est posée, les Cours européennes ont sans conteste à leur disposition des instruments permettant aux juridictions nationales d'intérioriser le discours que ces dernières lui proposent et, par là même, d'adapter en conséquence leur comportement¹⁵³. Est-ce à dire que parce qu'il peut y avoir pré-

¹⁵¹ Sous l'influence de J-C. Bonichot le Conseil d'Etat a décidé de formuler ses questions préjudicielles de façon plus précise dans le dispositif plutôt que de les renvoyer à ses seuls motifs. Voir J-C. Bonichot, « Le contrôle de l'ordonnance du 24 janvier 1996 relative aux mesures urgentes tendant au rétablissement de l'équilibre financier de la sécurité sociale », conclusions sous arrêt CE, *Baxter, RFDA*, 1997, p. 458. C'est ce que fit le Conseil d'Etat dans son arrêt CE, Ass., 28 mars 1997, *Baxter*, n° 179049, Rec. p. 1140

¹⁵² Voir en ce sens, et parmi d'autres, CJCE, 2 avril 2009, *Sté Pedro IV servicios SL c/ Total Espana SA*, aff. C-260/07, Rec. p. I-2435, point 29 : la Cour de justice rappelle en effet que « la nécessité de parvenir à une interprétation du droit communautaire qui soit utile pour le juge national exige que celui-ci définisse le cadre factuel et réglementaire dans lequel s'insèrent les questions qu'il pose ou que, à tout le moins, il explique les hypothèses factuelles sur lesquelles ces questions sont fondées » ; obs. L. Idoux, *Europe*, 2009, comm. 245.

¹⁵³ En psychologie sociale, et selon la typologie de Herbert C. KELMAN, l'intériorisation désigne le fait qu'une personne exhibe le comportement ou le jugement désirable parce qu'elle a intégré les normes sociales à son propre système de valeur. Voir H. C. KELMAN, « Compliance, Identification and internalisation : three Processes of Attitude Change », *Journal of Conflict Resolution*, 1958, vol. 2, pp. 51-60. – Comme le dira par ailleurs Chantal LECLERC, l'intériorisation désigne « une adhésion plus profonde et une influence persistante. Elle est possible non seulement en raison d'une source d'influence ayant beaucoup de crédibilité aux yeux des membres, mais aussi

orientation du dialogue ou encore prédétermination de la solution que les juges internes doivent adopter par les juges de Strasbourg et de Luxembourg, il y a en réalité monologue ? Nous ne le pensons pas.

2 - Les limites

A l'inverse du monologue qui ne suppose pas la réciprocité¹⁵⁴, le dialogue se définit comme « *une tranche de discours produite par au moins deux locuteurs, dans laquelle au moins l'un des destinataires devient au moins une fois le locuteur* »¹⁵⁵. S'il ne veut pas être compromis le dialogue implique donc de la part des interlocuteurs qu'aucun d'eux ne cherche à s'arroger une autorité supérieure par rapport aux autres¹⁵⁶. Car, « *perturbé par l'argument d'autorité, l'échange risque de succomber à l'unilatéralité* »¹⁵⁷. De même, est-il « *concevable (...) d'envisager un dialogue dans lequel chacun s'exprimerait, sans que la parole donnée ne revête aucune valeur* »¹⁵⁸ ? Pour dire les choses autrement, est-il possible de considérer que les

parce que le contenu du message transmis s'intègre au système de valeurs du sujet et à un processus actif de construction d'un cadre de référence », in Ch. LECLERC, *Comprendre et construire les groupes*, Presses Universitaires de Laval, 1999, 322 p., p. 109.

¹⁵⁴ F. Jacques, *Dialogiques, recherches logiques sur le dialogue*, Puf, 1979, p. 152. Selon l'auteur, le monologue n'implique pas que le ou les locuteur(s) devien(nen)t le ou les destinataire(s) et que les destinataires prennent à leur tour la parole.

¹⁵⁵ F. Jacques, *Dialogiques, recherches logiques sur le dialogue*, Puf, 1979, 423 p., p. 152.

¹⁵⁶ En ce sens Y. Cusset, *Habermas : l'espoir de la discussion*, Paris, éd. Michalon, 2001, 123 p., p. 83.

¹⁵⁷ M. Auvray, *Le dialogue entre Conseil d'Etat et Cour européennes...*, *op. cit.*, p. 279.

¹⁵⁸ *Ibid.*, p. 544.

échanges noués entre juges européens et juges nationaux restent neutres et indifférents alors même qu'il s'agit pour chacun d'eux de chercher à s'influencer ?

Comme s'attache à le démontrer la présente étude, le dialogue laisse s'exprimer les différentes sources d'intérêts et stratégies propres à chacun des juges qui y participe. Potentiellement rédhibitoire, un tel constat n'est en réalité aucunement de nature à affecter la validité d'un dialogue coopératif si celui-ci reste « *sincère* »¹⁵⁹ et si, au-delà des buts spécifiques poursuivis par chacun des interlocuteurs, ceux-ci révèlent en définitive une volonté de construire ensemble et de faire œuvre commune. Pour que l'on puisse parler de dialogue et de véritable collaboration entre juges européens et juges nationaux, il est donc nécessaire que celui-ci « *réponde à l'impératif d'une sincérité partagée*¹⁶⁰ ».

Loin de signifier pour autant que l'échange doit être désintéressé – « *un intérêt pouvant [donc tout à fait] faire partie du jeu dialogique* », surtout s'il « *sous-tendent l'effet de coopération* »¹⁶¹ –, la coopération sincère suppose à cet égard que la rencontre des différents interlocuteurs s'opère « *sans consentir à se tromper soi-même ni à tromper les autres* »¹⁶², c'est-à-dire sans que les interlocuteurs ne cherchent à cacher volontairement aux autres leurs intentions. Or, il semble bien que ce ne soit pas le cas des Cours européennes. Bien que la mobilisation de telle ou telle méthode d'interprétation ou encore

¹⁵⁹ Voir en ce sens J-C. Bonichot, « Le juge administratif et l'Europe », in « Justice et cassation », *op. cit.*, p. 124.

¹⁶⁰ M. Auvray, *Le dialogue entre Conseil d'Etat et Cour européennes...*, *op. cit.*, p. 526.

¹⁶¹ *Ibid.*

¹⁶² P. Robert, *Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, Paris, LR, 2007, 2837 p., p. 1817.

de telle ou telle politique jurisprudentielle soit animée par la poursuite d'un intérêt général, il est en effet toujours question pour elles de contribuer à la réalisation des objectifs que les pères fondateurs leur ont fixé¹⁶³. C'est donc toujours en vue d'une application effective des traités de l'Union européenne ou de la CEDH et de ses protocoles que le dialogue est souhaité par les juges de Luxembourg et de Strasbourg. Comme en atteste les différents discours prononcés par les présidents de ces deux Cours de justice supranationales, « *l'une et l'autre cour connaissent un besoin existentiel de coopération avec les juridictions nationales* »¹⁶⁴ et d'un dialogue constructif et fructueux¹⁶⁵. En effet, « *d'avantage que par l'autorité formelle de ses arrêts, c'est en effet par l'argumentation et la persuasion dans le cadre d'un dialogue permanent* »¹⁶⁶ que l'autorité des

¹⁶³ Voir les développements *supra*.

¹⁶⁴ Discours prononcé par le président de la CJCE Gil Carlos Rodriguez Iglesias, le 31 janvier 2002 à l'occasion de l'audience solennelle de la Cour EDH. Il poursuit : « *cette coopération présente un caractère plus organique dans le cas de la CJCE, en raison de l'existence du mécanisme du renvoi préjudiciel établi par le traité, mais elle est tout aussi cruciale (...), pour la Cour EDH, la mise en œuvre effective de la CEDH reposant dans une très large mesure sur l'acceptation et l'application par les juridictions nationales de la jurisprudence développée par cette Cour de la même façon que l'effectivité de la jurisprudence de la CJCE dépend de sa mise en œuvre dans la réalité juridique et sociale par les juridictions nationales des Etats membres de l'UE* ».

¹⁶⁵ Voir les discours de l'ancien président J-P. Costa mis en ligne sur le site internet de la Cour EDH et dans lesquels celui-ci insiste très souvent sur la nécessité du dialogue des juges. – Voir également le discours de l'actuel président N. Bratza prononcé le 17 janvier 2012 à l'occasion de l'ouverture de l'année judiciaire. Comme il le souligne : « *la Cours est très respectueuse des juridictions nationales et de leur place dans le système de la Convention* ». Mieux encore, elle a à cœur de « *nourrir ce dialogue* ».

¹⁶⁶ Discours prononcé par le président de la CJCE Gil Carlos Rodriguez Iglesias, le 4 décembre 2002, audience solennelle à l'occasion des 50 ans de la Cour.

deux cours européennes s'est établie, « *grâce aux juridictions nationales qui l'ont reçue et mise en œuvre* »¹⁶⁷.

A travers ces mots, l'ancien président de la CJCE Gil Carlos Rodriguez Iglesias met par ailleurs en avant un autre argument plaidant là encore en faveur d'une relativisation du sentiment que peuvent avoir certains quant à la dimension unilatérale du dialogue : celui de la nécessité pour les interlocuteurs de mobiliser un discours aussi clair et explicite que possible. Et là encore, l'effort des Cours européennes est certain. Inspirée du style conversationnel et discursif de la *Common law*, les juges de Strasbourg et de Luxembourg ont effectivement fait le choix de développer une motivation particulièrement explicite et explicative, témoignant ainsi de leur volonté d'être les plus transparents possibles. Or, c'est bel et bien de cette transparence que va pouvoir naître une coopération sincère. Le dialogue raisonné apparaît dès lors induit par le choix d'un tel modèle rédactionnel. Modèle rédactionnel qui, parce qu'il implique une motivation bien argumentée, « *constitue la condition sine qua non de l'exportation à d'autres espèces de la solution à laquelle le juge est parvenu* »¹⁶⁸. Mais si le développement par la Cour EDH et la CJCE d'un exposé des motifs approfondi facilite la compréhension et l'acceptation raisonnée des décisions de justice adoptées par elle et, ce faisant, favorise les rapprochements sur le fond entre droits européens et droit interne, force est toutefois de reconnaître que ce n'est que de façon ponctuelle, et pour des raisons particulières – comme par exemple lorsque le domaine en cause n'est pas régi par les droits européens, les juges internes ont fait preuve d'anticipation

¹⁶⁷ *Ibid.*

¹⁶⁸ L. Coutron, « Rapport introductif », in L. COUTRON (dir.), *Pédagogie judiciaire et application du droit communautaire et européens*, *op. cit.*

ou encore lorsque la position de ces derniers est convergente à la leur – que les Cours européennes vont accepter de servir de la jurisprudence nationale pour appuyer leur propre raisonnement juridique.

SECTION II – LA RESERVE DES JUGES EUROPEENS QUANT A L’OPPORTUNITE DE SE FONDER SUR LA JURISPRUDENCE NATIONALE

Laissant pour plus tard, la question de la réception par le juge administratif français des jurisprudences strasbourgeoise et luxembourgeoise¹⁶⁹, nous allons nous attacher à vérifier dans quelle mesure les deux Cours européennes se montrent attentive à la jurisprudence administrative française dès qu’il est question de motiver leurs décisions de justice. Dans l’ensemble, nous allons pouvoir observer que l’influence de cette dernière sur l’interprétation des droits européens est quelque peu occultée. Loin d’apparaître comme un motif décisif à la solution que vont retenir les Cours européennes, ladite jurisprudence s’analyse plutôt comme une considération latérale répondant, le plus souvent, à un souci pragmatique. Chez la CJCE, les arrêts témoignant d’une référence explicite à la méthode comparative restent relativement rares, sauf à signifier que la motivation et la solution adoptées par elle s’inscrivent dans la mouvance des principes de droit commun à tous ou du moins à certains des Etats¹⁷⁰. Cela étant, cette juridiction demeure fondamentalement inspirée par la démarche comparatiste. Si influence de la jurisprudence administrative il y a, celle-ci est tout simplement dissimulée. A Strasbourg, les références à la jurisprudence

¹⁶⁹ Voir *infra* la Partie 2 de la présente étude.

¹⁷⁰ K. Lenaerts, « Le droit comparé dans le travail du juge communautaire », *RTDE*, 2001, pp. 487-508, p. 489

administrative sont dans l'ensemble plus marquées. Souvent – mais non systématiquement – affichées au sein de la décision de justice, ces dernières n'en restent pas moins difficiles à saisir ; la réception simultanée d'autres solutions nationales et même internationales troublant la détermination de leur paternité respective¹⁷¹. En outre bien que plus fréquemment explicites, ces renvois au discours du juge administratif français s'avèrent généralement non déterminants pour le raisonnement juridique strasbourgeois. La jurisprudence nationale semble à cet égard revêtir moins le statut de véritable source d'inspiration que de simples références.

Ainsi, alors que l'on pouvait raisonnablement s'attendre à ce que la Cour de Luxembourg prenne plus en compte la jurisprudence nationale que la Cour EDH en raison du renvoi préjudiciel, il n'en est rien. Dissimulés dans les arrêts de la CJCE, et aujourd'hui de la CJUE (§ I), l'intégration de la jurisprudence administrative française n'en reste pas moins « *très inégalement assumée et exprimée* »¹⁷² par la Cour EDH (§ II).

§ I - L'INTEGRATION DISSIMULEE DE LA JURISPRUDENCE ADMINISTRATIVE DANS LES DECISIONS DE LA COUR DE JUSTICE

En tant qu'institution internationale composée de membres provenant d'horizons juridiques très différents et faisant intervenir un avocat général précisément en charge de rassembler les divers sources nationales, européennes et mêmes internationales permettant aux juges de la formation de

¹⁷¹ Pour plus de détails, voir J-F. Flauss, « La prise en compte par la Cour EDH de la jurisprudence des Cours suprêmes », in *Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Dalloz, 2007, 1783 p., pp. 327-347.

¹⁷² J-F. Flauss, « La prise en compte par la Cour EDH de la jurisprudence des Cours suprêmes », *op. cit.*, p. 330.

jugement d'adopter la solution la plus pertinente, la Cour de justice est par nature penchée à faire œuvre comparative. Si le droit comparé est en effet généralement présenté comme une méthode d'interprétation du droit communautaire¹⁷³, et les arrêts de la Cour « *le fruit d'apport croisés de différents systèmes et modes de raisonnements juridiques* »¹⁷⁴, « *ces apports ne sont pas nécessairement identifiés voire identifiables, par leur origine précise* »¹⁷⁵. Particulièrement diffuse en ce sens qu'elle emprunte plusieurs chemins sans jamais réellement s'afficher, l'influence de la jurisprudence nationale – en l'occurrence ici celle du juge administratif français – sur l'interprétation du droit de l'Union européenne reste donc relativement rare (A). Différentes voies sont pourtant envisageables afin de voir celle-ci prendre plus d'ampleur (B).

A - Une influence particulièrement diffuse

Si « *la méthode de comparaison des droits imprègne, sous une panoplie de facettes, le travail quotidien du juge communautaire* »¹⁷⁶, le souci de la juridiction luxembourgeoise de produire une jurisprudence adaptée à ses propres contraintes, de justifier le choix d'un concept national plutôt qu'un autre, ou encore de présenter le droit communautaire comme un droit unitaire et autonome conduit cependant « *très souvent à gommer dans les arrêts les traces trop visible du raisonnement comparatif à l'origine de la solution du litige* »¹⁷⁷. Comme le

¹⁷³ J. Mertens de Wilmars, Le droit comparé dans la jurisprudence de la CJCE, *JT*, 1991, p. 37.

¹⁷⁴ K. Lenaerts, « Le droit comparé dans le travail du juge communautaire », *op. cit.*, p. 494.

¹⁷⁵ *Ibid.*

¹⁷⁶ *Ibid.*

¹⁷⁷ *Ibid.*

révèle la motivation des décisions de justice de la Cour de justice, celle-ci préfère dans l'ensemble utiliser des termes neutres qui ne permettent pas d'identifier le contenu exact de la démarche que celle-ci a entendu suivre¹⁷⁸. Implicites au sein de l'exposé des motifs mobilisés par le juge (1), les références à la jurisprudence administrative française sont, à l'inverse, explicites en dehors de celui-ci (2).

1 - Les références implicites au sein de la motivation des décisions de justice

Dans l'ensemble, il est assez fréquent de voir la motivation luxembourgeoise faire appel aux « *traditions juridiques communes* »¹⁷⁹, aux « *traditions constitutionnelles communes* »¹⁸⁰, ou encore aux « *conceptions juridiques* »¹⁸¹ des

¹⁷⁸ Voir F. Donnat, « Le droit comparé à la CJCE », in *Mélanges en l'honneur de B. Genevois...*, op. cit., p. 378.

¹⁷⁹ Parmi beaucoup d'autres CJUE, Gr. Ch., 14 septembre 2010, *Akzo Nobel chemicals Ltd*, aff. C-550/07/ P, §. 42, à propos de l'indépendance de l'avocat. « Une telle conception répond aux traditions juridiques communes aux États membres et se retrouve également dans l'ordre juridique de l'Union, ainsi qu'il résulte des dispositions de l'article 19 du statut de la Cour de justice ».

¹⁸⁰ Voir l'arrêt de principe CJCE, 14 mai 1974, *Nold c/ Commission*, aff. 4/73, Rec. p. 491, p. 503, à propos du droit de propriété. – Pour un exemple récent, voir CJCE, 3 mai 2005, *Berlusconi*, aff. C-387/02, Rec. I-03565, §. 68 sur le principe de l'application rétroactive de la peine la plus légère, lequel fait « partie des traditions constitutionnelles communes aux États membres ». – CJCE, 22 octobre 2002, *Roquettes frères SA c/ DGCCRF*, aff. C-94/00, Rec. p. I-9011, §. 20, à propos de l'extension de la protection du domicile aux locaux professionnels ; chron. C. Maubernard, *RTDH*, 2003, pp. 872-873.

¹⁸¹ Voir notamment CJCE, 6 juillet 1982, *France, Italie et Royaume-Uni c/ Commission*, aff. C-188/80, Rec. p. 2545, §. 2 : « compte tenu des (...) conceptions juridiques de ceux-ci [des États] ».

Etats afin de justifier ses choix et démontrer que ceux-ci sont précisément imprégnés des solutions juridiques adoptées par les Etats membres. Aussi, n'est-ce qu'exceptionnellement, et à l'occasion d'affaires déjà bien anciennes, comme dans l'arrêt *Algera et al. c/ Assemblée commune*¹⁸², que l'on peut trouver « *trace d'un examen explicite et approfondi de droit comparé* »¹⁸³. Les années passant, la CJCE va souhaiter se faire de moins en moins prolix, se contentant par exemple de relever l'existence « *d'une règle généralement admise par le droit administratif des Etats membres* »¹⁸⁴. Aujourd'hui, on trouve encore moins de motivation de droit comparé¹⁸⁵.

Si la Cour de justice semble sans conteste tenue de s'inspirer des principes communs aux Etats membres – témoignant notamment de sa volonté de ne pas admettre dans la Communauté des mesures incompatibles avec les droits fondamentaux reconnus dans les différents droits internes¹⁸⁶ – de telles références ne permettent pas toutefois d'identifier

¹⁸² CJCE, 12 juillet 1957, *Algera et al. c/ Assemblée commune*, aff. C-7/56, Rec. p. 81 ; *JDI*, 1958, pp. 373-405. Dans cette affaire, la CJCE va décider de s'appuyer sur « des règles communes reconnues par les législations, la doctrine et la jurisprudence des Etats membres » (souligné par nous). S'en suit un exposé précis portant sur les traditions juridiques des 6 Etats membres de la Communauté à l'époque. Après avoir affiché les étapes de son raisonnement comparatif, la CJCE reconnaîtra « *le principe de la révocabilité des actes illégaux au moins pendant un délai raisonnable* ».

¹⁸³ K. Lenaerts, « Le droit comparé dans le travail du juge communautaire », *op. cit.*, p. 489.

¹⁸⁴ CJCE, 4 juillet 1963, *Maurice Alvis c/ Conseil de la Communauté économique*, aff. 32/62, Rec. p. 101.

¹⁸⁵ A titre d'exception voir CJCE, 30 septembre 2003, *D. et Suède c/ Conseil*, aff. C-244/01, point 48. La Cour accorde 6 points des motifs à l'étude du droit comparé. Aucun droit national n'est cependant expressément et précisément étudié.

¹⁸⁶ Voir en ce sens CJCE, 13 décembre 1979, *Hauer*, aff. 44/79, Rec. p. 3727, point 15.

clairement l'apport éventuel de telle ou telle jurisprudence nationale à ses interprétations. Seule une connaissance approfondie des jurisprudences internes ou encore une lecture des conclusions des avocats généraux¹⁸⁷ permet finalement de faire la lumière sur les réels fondements du raisonnement juridique développé par le juge luxembourgeois. Selon Yves Galmot¹⁸⁸, il semble par exemple que la jurisprudence *Johnston* de 1986¹⁸⁹ relative au principe selon lequel tout individu doit pouvoir faire contrôler par un juge la légalité de tout acte administratif qui porte atteinte à ses droits, ait été fortement influencé par l'arrêt du Conseil d'Etat français *Dame Lamotte* de 1950¹⁹⁰. Dans le même sens, il est généralement admis que parmi les différents aspects que recouvre le principe de sécurité juridique, la CJCE s'est inspirée du principe français du respect des droits acquis¹⁹¹. Sans négliger ce que sous-tend l'appel aux « traditions constitutionnelles communes », à savoir une prise en compte nécessaire des interprétations délivrées par les juridictions suprêmes des Etats, il nous semble donc que celui-ci ne doit pas non plus être surestimé. Le choix d'une expression aussi neutre et générale ne permettant pas en effet de dégager avec netteté les véritables sources de la motivation que choisit de développer la CJ pour fonder la solution finalement retenue.

¹⁸⁷ Sur leur rôle, voir *infra*.

¹⁸⁸ Y. GALMOT, *Réflexions sur le recours au droit comparé par la Cour de justice des Communautés européennes*, RFDA, 1990, pp. 255 et s., spéc. p. 258

¹⁸⁹ CJCE, 15 mai 1986, *Marguerite Johnston*, aff. 222/84, Rec. p. 1651.

¹⁹⁰ CE, 17 février 1950, *Dame Lamotte*, n° 86949, Rec. p. 110 ; GAJA, 17e éd., 2009, n° 62.

¹⁹¹ M.-F. Christophe-Tchakaloff, *Les principes généraux du droit communautaire*, in *Droits nationaux, droit communautaire : influence croisée, En hommage à Louis Dubouis*, La Documentation française, 2000, p. 83-96, spéc. p. 87. Sur ce principe, V. R.-E. Papadopoulou, *Principes généraux du droit et droit communautaire*, Bruylant, 1996, p. 221-227.

Consacrés par la jurisprudence de la CJCE, les principes généraux du droit communautaires¹⁹² ont permis à la Cour de Justice de pallier les silences des traités. Communs à tous les droits nationaux¹⁹³, seulement issus de certains d'entre eux¹⁹⁴ ou bien spécifiques à l'Union européenne¹⁹⁵, de tels principes manifestent une réception des droits internes sans pour autant permettre au lecteur de la décision de justice qui les mobilise d'identifier avec précision si la Cour de justice a été influencée par une jurisprudence nationale particulière. S'ils expriment l'ouverture du juge de Luxembourg, révèlent les liens et échanges constants que celui-ci souhaite entretenir avec les juridictions internes, ou encore assurent un enrichissement réciproque entre ordre juridique communautaire et ordres juridiques nationaux, les principes généraux du droit ne sont pas moins le reflet d'une volonté de ce dernier de conserver une certaine autonomie au sein du dialogue des juges¹⁹⁶. En évitant de se référer expressément à une décision de justice interne, la

¹⁹² Sur ce thème, consulter D. Simon, *Le système juridique communautaire*, Puf, 3e éd., 2002, spéc. n° 245 et s. – P. Pescatore, « Le recours dans la jurisprudence de la CJCE à des normes déduites de la comparaison des droits des États membres », *RIDC*, 1980- p. 352..

¹⁹³ Il en va ainsi de la confiance légitime.

¹⁹⁴ Comme par exemple lorsque la Cour désigne l'institution responsable d'un dommage causé par l'UE et en apprécie l'étendue.

¹⁹⁵ Ce qui ne les empêche pas d'être inspirés du droit national. Voir notamment le principe de la solidarité entre les États membres ou encore de l'équilibre institutionnel.

¹⁹⁶ Pour plus de détails sur le fait que les principes généraux du droit communautaire révèlent l'existence d'un dialogue entre CJCE et juges internes, voir O. De Schutter, « L'influence de la Cour EDH sur la CJCE », in G. Cohen-Jonathan et J-F. Flauss (dir.), *Le rayonnement international de la jurisprudence de la Cour EDH*, Bruylant, 2005, p. 189-242. Ou encore G. Giudicelli-Delage, « Les jeux de l'interprétation entre discontinuités et interactions, L'inévitable dialogue des juges ? », in *Mélanges R. Ottendhof*, Dalloz, 2006, p. 17-36.

CJCE s'offre en effet la possibilité de s'affranchir du droit national au profit du droit européen et de ses particularités. Technique souple par nature, les principes généraux du droit permettent donc à la Cour de justice de justifier l'existence affirmée – et non motivée – de règles communes tout en faisant preuve de création, d'indépendance et de comparaison. C'est dire que la Cour de justice entend livrer le résultat de l'analyse de droit comparé mais non l'expliquer et la justifier.

Au-delà des PGD et des références aux traditions constitutionnelles, juridiques communes, la CJCE peut tout simplement user de sa motivation pour reprendre et mettre à l'épreuve – mais de façon toujours extrêmement allusive – ce que le juge d'un Etat membre a forgé dans son droit interne pour en faire, si elle l'estime nécessaire, un élément de la solution qu'elle entend adopter dans le cas d'espèce et, plus largement, de la jurisprudence communautaire qui, nous le savons, a vocation à être réceptionnée par les juridictions nationales. C'est le cas par exemple des arrêts *Baxter* de 1999¹⁹⁷, *Griesmar* de 2001¹⁹⁸ et *Arcelor* de 2008¹⁹⁹ où la Cour de justice évoque indirectement et rapidement le principe français d'égalité, valide implicitement la conception nationale de ce principe, mais décide cependant de traiter l'affaire au vu du droit communautaire et de sa propre jurisprudence. Plus flagrant encore est l'exemple de l'ordonnance *Emesa Sugar* rendue le 4

¹⁹⁷ CJCE, 8 juillet 1999, *Baxter*, aff. C-254/97, Rec. p. 4809 ; note J-Y. Carlier, *JDE*, 2000, pp. 54-60.

¹⁹⁸ CJCE, 29 novembre 2001, *Griesmar*, aff. C-366/99, Rec. p. 9383 ; note Ph. Coursier, *JCP E*, 2002, p. 1333.

¹⁹⁹ CJCE, 16 décembre 2008, *Arcelor*, aff. C-127/07, Rec. p. 9895 ;

février 2000²⁰⁰ pour laquelle le juge de Luxembourg va non seulement utiliser des formules très largement inspirées de celles du Conseil d'Etat mais aussi reprendre dans l'ensemble le raisonnement suivi par ce dernier dans son arrêt *Esclatine* de 1998²⁰¹, pour définir le rôle de l'avocat général près la CJCE²⁰². Toujours dans cet ordre d'idée, on mentionnera l'arrêt *Groupement des hauts fourneaux et aciéries belges* de 1958²⁰³ dans lequel la CJCE, influencée par le droit français, emploie la notion « *d'égalité des administrés* » [ou « *des usagers* »] devant le règlement économique²⁰⁴ et a, par la même, décidé d'adopter à l'époque²⁰⁵ une conception formelle de l'égalité²⁰⁶. Pour terminer, il est également possible de citer l'affaire *Dorsch Consult c/ Conseil et Commission* adoptée par le Tribunal en 1998²⁰⁷. Dans cet arrêt, les §§. 76 à 79 des motifs suggèrent en effet que la solution à laquelle le juge communautaire est parvenu trouve en réalité sa source dans les concepts de droit allemand de « sacrifice spécial » mais également de droit belge et de droit français de « rupture d'égalité des particuliers devant

²⁰⁰ CJCE, Ord., 4 février 2000, *Emesa Sugar*, aff. C-17/98, Rec. p. 665 ; chron. E. Broussy et al., *AJDA*, 2009, pp. 245-246.

²⁰¹ CE, *Esclatine* du 29 juillet 1998, n° 179635, 180208, Rec. p. 320 ; note F. Rolin, *AJDA*, 1999, p. 69-75.

²⁰² Le rôle de l'avocat général près la CJCE est en effet calquée sur celui du commissaire du gouvernement (aujourd'hui rapporteur public) près le CE.

²⁰³ CJCE, 21 juin 1958, *Groupement des hauts fourneaux et aciéries belge*, aff. 8/57, Rec. p. 225.

²⁰⁴ Voir en ce sens CE, 22 mars 1950, *Société des ciments français*, Rec. p. 175.

²⁰⁵ Aujourd'hui, il est clair en effet que la Cour de justice s'est ouverte à une conception matérielle de l'égalité.

²⁰⁶ Voir également CJCE, 19 octobre 1977, *SA Moulins et Huileries de Pont-à-Mousson et Société coopérative Providence agricole de la Champagne c/ ONIC*, aff. 124/76, Rec. p. 1795.

²⁰⁷ Trib, 28 avril 1998, *Dorsch Consult c/ Conseil et Commission*, aff. T-184/95, Rec. p. II-667.

les charges publiques ». Bien que façonnée par le tribunal pour coller au plus près des spécificités de l'ordre juridique communautaire, cette conception juridique commune à certains Etats membres ayant pour fonction de circonscrire le régime de responsabilité des pouvoirs public du fait d'un acte licite, soutient et irrigue le raisonnement juridique luxembourgeois²⁰⁸. Est ainsi une nouvelle fois démontré que si les emprunts à la jurisprudence nationale existent, ils restent cependant majoritairement très discrets au sein de la motivation du juge de Luxembourg²⁰⁹. Celui-ci ayant en réalité à cœur de gommer les traces trop visibles du raisonnement comparatif, et par là même du dialogue, à l'origine de la solution du litige afin que soit respecté le caractère autonome et unitaire du droit communautaire. Il en va toutefois différemment en dehors des motifs des décisions de justice ; les références à la jurisprudence interne se faisant en effet plus claires et plus précises.

2 - Les références explicites en dehors de la motivation des décisions de justice

Si les références directes aux droits internes, en particulier à la jurisprudence nationale, « *ne rejailli[ssent] que très rarement dans les motifs de la décision judiciaire* »²¹⁰, la partie consacrée aux rappel des faits ou encore de la procédure est quant à elle

²⁰⁸ Pour une confirmation, voir CJCE, 15 juin 2000, *Dorsch Consult*, aff. C-237/98 P, Rec. p. I-4549 ; note L. Cordier-Feron, *GP*, 2004, pp. 43-44.

²⁰⁹ Comme a pu l'écrire J-P. Puissochet, la jurisprudence de la Cour de justice s'apparente à « *un creuset d'influences nationales qui se brassent et se mélangent au hasard des affaires et sans ordre apparent* », in « Le délibéré de la CJCE », in *Mélanges Dubouis*, Dalloz, 2002, p. 121 et s., pp. 127-128.

²¹⁰ K. Lenaerts, , « Le droit comparé dans le travail du juge communautaire », *op. cit.*, p. 491.

plus prolixe²¹¹. De la même façon, on trouve très souvent trace des décisions de justice des juridictions étatiques dans l'argumentation des *amicus curiae* comme la Commission européenne²¹² et les Etats membres²¹³.

Mais là où la réceptivité des discours des juridictions des Etats membres est la plus manifeste, là où la convergence entre juge de Luxembourg et juges internes apparaît avec la plus grande vigueur, c'est sans conteste dans les conclusions des avocats généraux près la Cour de justice - conclusions dont on a précisément pu dire qu'elles contribuent « *de façon décisive à alimenter l'approche comparatiste de la Cour en raison de l'influence qu'elles exercent sur le juge rapporteur lors de l'élaboration du projet d'arrêt* »²¹⁴. Sans prétendre à l'exhaustivité, citons quelques exemples caractéristiques de l'impact que peut avoir la jurisprudence administrative française sur les réflexions juridiques engagées par cet acteur de la procédure juridictionnelle luxembourgeoise. Un impact qui, s'il « *ne trouvent pas toujours un écho, même allusif, dans la décision des juges, guident [toutefois] très fréquemment ces*

²¹¹ Voir par exemple CJCE, 8 juillet 1999, *Baxter*, *op. cit.*

²¹² Voir notamment CJCE, 19 juin 1980, *Mlle M. c/ Commission*, aff. 155/78, Rec. p. 1797, point 19. Dans cet arrêt, la Commission avait en effet fourni à la Cour une étude de droit comparé concernant le secret médical. Celle-ci a été reprise et mentionné dans le raisonnement de la CJCE. – Voir aussi CJCE, 30 septembre 2003, *Köbler*, aff. C-224/01, Rec. p. I-10239.

²¹³ Pour plus de développements, voir M-P. F. Granger, « When governments got to Luxembourg... : the influence of governemant on the Court of justice », *E.L. Rev.*, 2004, 29, p. 3 et s., spéc. p. 27.

Pour quelques exemples voir CJCE, 22 juin 2010, *Aziz Melki*, aff. C-188/10, Rec. p. 5665, point 33. Le gouvernement français renvoie à la décision du 2 mai 2010 du Conseil constitutionnel et à l'arrêt du Conseil d'Etat du 14 mai 2010 ; note G. Taupiac-nouvel, *GP*, 2012, pp. 13-16.

²¹⁴ L. Coutron, « L'intégration dissimulée du pluralisme dans la motivation des arrêts de la CJCE », in M. Levinet (dir.), *Pluralisme et juges européens des droits de l'homme*, Bruylant, 2010, pp. 189-211, pp. 202-203.

derniers dans le choix de leur solution finale »²¹⁵.

Première hypothèse, la Cour de justice peut choisir de suivre l'avocat général et, ce faisant, s'aligner de manière indirecte et implicite sur un certain nombre de jurisprudences nationales que ce dernier avait soigneusement décidé de mobiliser. Il en va par exemple ainsi dans l'affaire *Hauts fourneaux et aciéries belges* de 1959²¹⁶ dans lequel la CJCE suit la proposition de l'avocat général Lagrange qui plaide en faveur d'une conception formelle de l'égalité en droit telle que développée par la jurisprudence administrative française²¹⁷, en particulier l'arrêt de 1950 *Société des ciments français*²¹⁸. C'est également le cas des conclusions de l'avocat général Mengozzi²¹⁹ dans l'affaire *Commission des Communautés européennes c/ Girardot*²²⁰ relatif à la perte de chance d'un fonctionnaire d'être recruté. Amené à se prononcer sur l'évaluation du préjudice causé par ladite perte, l'avocat général décide en effet de renvoyer expressément²²¹ à différents décisions de justice rendues par le Conseil d'Etat, dont

²¹⁵ K. Lenaerts, « Le droit comparé dans le travail du juge communautaire », *op. cit.*, p. 490.

²¹⁶ CJCE, 21 juin 1958, *Groupement des hauts fourneaux et aciéries belge*, aff. 8/57, Rec. p. 225.

²¹⁷ La CJCE affirme que la « *notion d'égalité des administrés devant la réglementation économique ne fait pas obstacle à l'établissement de prix différents suivant la situation particulière des usagers ou de catégories d'usagers, à condition que...* ».

²¹⁸ CE, 22 mars 1950, *Société des ciments français*, Rec. p. 175.

²¹⁹ Conclusions rendues le 22 novembre 2007.

²²⁰ CJCE, 21 février 2008, *Commission des Communautés européennes c/ Girardot*, aff. C-348/06, Rec. p. 833.

²²¹ Point 55 des conclusions précitées.

notamment l'arrêt *Gregory* de 2002²²². Or, comme le suggère par exemple le point 65 des motifs de l'arrêt rendu par la CJCE, il semble bien que la jurisprudence administrative française mise en lumière par l'avocat général ait influencé en substance le raisonnement juridique de la formation de jugement luxembourgeoise pour qui « *le dommage subi ne saurait être assimilé au montant de la rémunération qui aurait été perçu si cette chance s'était réalisée* ». On mentionnera enfin l'arrêt *Commission c/ France* de 2009²²³ dans lequel la CJCE s'aligne sur la position adoptée par la doctrine et la jurisprudence française²²⁴ explicitement mentionnée par l'avocat général Mazak dans ses conclusions²²⁵, pour finalement considérer que la procédure d'attribution des marchés de définition prévue par les articles 73 et 74 du Code des marchés publics n'est pas

²²² CE, 6 novembre 2000, *Gregory*, n° 189398. Dans cette affaire le Conseil d'Etat précise que le requérant ne peut aucunement prétendre au bénéfice des traitements qu'il aurait perçu en qualité d'élève de l'ENM en raison de la perte de la chance de réussir le concours d'entrée à cette école. Comme l'explique le Conseil d'Etat, lorsque les conditions de la réparation sont réunies, notamment celle de la perte d'une chance sérieuse, il appartient au juge de procéder à la détermination du montant de l'indemnité en ayant égard au fait que la réparation du préjudice doit être mesurée à la valeur de la chance perdue et non considérée comme égale à l'avantage qu'aurait procuré cette chance si elle s'était réalisée.

²²³ CJCE, 10 décembre 2009, *Commission européenne c/ France*, aff. C.-299/88.

²²⁴ Au point 23 de ses conclusions, l'avocat général Mazak renvoie en effet à la position française selon laquelle la procédure d'attribution des marchés de définition ne peut pas relever de l'article 28 de la directive 2004/18/CE mais aussi qu'elle est contraire aux principes cités au 2e considérant du préambule et à l'article 2 de la directive. A l'appui de cette affirmation, l'avocat général va citer l'article de P-Y. Monjal, « Le droit communautaire applicable aux marchés publics locaux » paru à la *Revue du droit de l'UE* en 2008, pp. 729-738 mais aussi l'arrêt du CE, 3 mars 2004, *Société Mak System*, n° 258272, Rec. p. 121 ; chron. L. Vidal, *LPA*, 2004, pp. 3-24.

²²⁵ Conclusions rendues le 22 septembre 2009.

conforme à l'article 2 de la directive 2004/18²²⁶. Ainsi qu'en atteste ces quelques illustrations²²⁷, l'influence de la jurisprudence nationale n'est aucunement occultée par les avocats généraux dans leurs conclusions. Bien au contraire. Expressément assumées, les références aux arrêts du Conseil d'Etat français précitées s'analysent plutôt comme des arguments de poids que l'avocat général mobilise afin de renforcer sa motivation et convaincre, par là même, la CJCE de l'opportunité de suivre l'analyse et la solution qu'il préconise.

Seconde hypothèse – qui se présente alors comme un élément de relativisation de l'influence de la jurisprudence nationale –, la Cour de justice peut décider de ne pas emprunter la voie que lui a proposée l'avocat général après une étude de certains droits nationaux²²⁸. L'arrêt *Fiamm et al. c/ Conseil et Commission* de 2008²²⁹ est topique. Dans ses conclusions²³⁰,

²²⁶ Voir les points 44 et 45 de l'arrêt précité.

²²⁷ Voir également parmi d'autres les conclusions de l'avocat général Ruiz-Jabaro Colomer dans l'affaire *Kaba* du 6 mars 2003, (aff. C-466/00, Rec. p. 2219 ; chron. J-Y. Carlier, *JDE*, 2004, pp. 74-80). Au point 95 de son argumentation ce dernier n'hésite pas reproduire tout un passage des motifs de l'arrêt du Conseil d'Etat *Esclatine* afin de démontrer qu'à l'instar du commissaire du gouvernement français, l'avocat général près la CJCE ne doit pas être soumis au principe du contradictoire (point 98 des conclusions).

²²⁸ A titre d'exemple, voir le point 17 de l'arrêt CJCE, 21 septembre 1989, *Hoechst*, aff. C-46/87, Rec. p. 2859 : « les systèmes juridiques des Etats membres présentent des divergences non négligeables en ce qui concerne la nature et le degré de protection des locaux commerciaux face aux interventions des autorités publiques ». Ici, la CJCE s'écarte des enseignements tirés par l'avocat général Mischo dans ses conclusions au terme d'une étude très fouillée des divers droits internes (voir les points 49 à 96 desdites conclusions).

²²⁹ CJCE, 9 septembre 2008, *Fiamm et al. c/ Conseil et Commission*, aff. C-120/06, Rec. p. I-6513 ; note L. Coutron, *RFDA*, 2009, pp. 329-342.

²³⁰ Conclusions rendues le 22 février 2008.

l'avocat général Poiares Maduro relevait que si les seuls droits espagnols et français prévoyaient une responsabilité de la puissance publique du fait des lois, le principe de la responsabilité sans faute de la Communauté pour lequel il plaide pourrait, quant à lui, afin de satisfaire au mieux les besoins spécifiques, être recherché dans l'idée d'égalité devant les charges publiques. On citera par ailleurs l'arrêt *Commission c/ France* du 26 juin 2003²³¹ dans lequel la Cour de justice des Communautés européennes choisit de ne pas suivre les conclusions de l'avocat général Stix-Hackl²³² pour qui la jurisprudence du Conseil d'Etat relative à la notion d'acte administratif ne pouvait être prise en considération en tant qu'élément du cadre juridique national. Comme en atteste ce dernier exemple, l'avocat général peut donc parfois recommander à la Cour de justice d'écarter les enseignements de la jurisprudence interne.

Contrairement aux arrêts de la CJCE, les conclusions des avocats généraux n'hésitent aucunement à afficher les sources exogènes auxquelles ils ont recours pour justifier et expliquer à la formation de jugement les choix et la solution qu'ils ont décidé de retenir²³³. Cet effort de transparence, qui confère à ces conclusions « *une valeur ajoutée par rapport au*

²³¹ CJCE, 26 juin 2003, *Commission des Communautés européennes c/ France*, aff. C-233/00, Rec. p. 6625 ; obs. B. Delaunay, *AJDA*, 2004, pp. 543-548.

²³² Conclusions rendues le 14 janvier 2003.

²³³ On ajoutera que les conclusions des avocats généraux sont parfois l'occasion de citer des notes de recherche sur tel ou tel point de droit comparé établies par le service de documentation de la CJ. Voir en ce sens les conclusions de Van Gerven dans l'affaire CJCE, 6 février 1990, *Sté Spie-Batognolles c/ Commission*, aff. C-201/86, Rec. p. I-197. – Conclusions de Geelhoed dans l'affaire CJCE, 18 juillet 2007, *Lucchini*, aff. C-119/05, Rec. p. I-6199 ; note L. Coutron, *RTDE*, 2011, pp. 173-188.

raisonnement »²³⁴ volontairement voilé de la juridiction luxembourgeoise, doit être reconnu et, surtout, encouragé. A travers lui, c'est un réel souci d'écoute attentive et de convergence spontanée avec les juridictions nationales qu'expriment les avocats généraux. Deux éléments essentiels au développement d'un dialogue des juges véritablement coopératif en ce qu'ils ont vocation à pallier les insuffisances d'une motivation luxembourgeoise. Plusieurs pistes seraient toutefois susceptibles d'être étudiées afin de favoriser l'impact des droits internes, en particulier des discours des juges, sur le raisonnement juridique de la Cour de justice.

B - Une influence assurément perfectible

Comme les développements précédents le laissent entendre, les hypothèses où l'on peut identifier un réel échange réciproque, une véritable influence ascendante, c'est-à-dire de la jurisprudence administrative française sur la motivation développée par la CJ, restent assez rares²³⁵. Il existe pourtant des solutions pour que les discours des juges internes prennent de l'ampleur, gagnent en force auprès du juge de Luxembourg et, surtout, acquièrent une place formelle de choix au sein de ses raisonnements juridiques.

Parmi ces solutions figure tout d'abord celle d'un renvoi plus fréquent du Conseil d'Etat à la Cour de justice. En sollicitant davantage la CJCE, le juge administratif augmenterait

²³⁴ B. Genevois, « Intervention », in I. Pingel et F. Sudre, *Le ministère public et les exigences du procès équitable*, Bruylant, 2003, p. 233. L'auteur ajoute que la « Cour est sensible à l'état du droit tel qu'il est développé par l'avocat général ».

²³⁵ C'est le cas notamment de l'arrêt préjudiciel CJCE, 26 novembre 2002, *Olazabal*, C-100/01, rec. p. I-10981 qui reprend le raisonnement juridique développé par le Conseil d'Etat.

en effet les chances de voir sa jurisprudence reconnue, étudiée et surtout réappropriée par elle. Une multiplication des questions préjudicielles par la même juridiction nationale porte en elle le germe d'une meilleure ouverture de la Cour de Luxembourg aux sources exogènes et, par là même, d'une plus grande empathie judiciaire.

Il serait ensuite et surtout souhaitable que les juges internes soient plus attentifs et motivent de façon plus précise leurs renvois, en assortissant, comme l'a suggéré le groupe de réflexions sur l'avenir du système juridictionnel des Communautés européennes en janvier 2000, « *les questions préjudicielles qu'ils posent à la Cour, de considérations motivées au soutien de la réponse qui leur semble la plus appropriée* » afin que « *si la Cour se rallie à la position du juge national, elle puisse motiver sommairement sa réponse par référence au raisonnement de ce dernier* ». Sans doute celle-ci ne saurait-elle se contenter d'une motivation par simple renvoi, qui non seulement pourrait ne pas assurer de manière satisfaisante l'interprétation uniforme du droit communautaire²³⁶ mais également donner au justiciable la sensation qu'il n'a pas été jugé. Néanmoins, c'est bien « *en étant une force de proposition, et pas seulement, une force de questionnement, que les juges nationaux sont en mesure de peser dans un débat, qu'ils ouvrent devant la Cour* »²³⁷.

En l'informant clairement du cadre factuel et règlementaire du litige ou encore en s'efforçant de proposer une solution

²³⁶ Pour plus de détails sur les risques attachés à la motivation par renvoi, voir F. Picod, « La coopération juridictionnelle », in J. Auvray-Finck (dir.), *L'UE : carrefour de coopérations*, Lgdj, 2000, p. 230.

²³⁷ A. Maitrepierre, « Le droit de l'UE et le juge français. Circonstances et incidences d'une rencontre », *RAE*, 2007-2008/3, p. 187.

argumentée à la question soulevée²³⁸, le juge à quo impulserait à coup sûr une meilleure réceptivité de la part de la CJ²³⁹. A l'inverse, sans motivation suffisante de la décision de renvoi, la communicabilité de son discours²⁴⁰ et, par là même, ses chances de voir la CJ s'approprier ses positions, sa jurisprudence ne peuvent être qu'amointries. L'exposé par la juridiction nationale du fond de sa pensée, loin d'être superflue, est au contraire de nature à susciter l'écoute, instruire la juridiction européenne mais aussi provoquer l'entrecroisement des droits. L'exemple de l'arrêt du Conseil d'Etat *Olazabal* précédemment cité est topique²⁴¹. L'argumentation soignée du juge administratif dans sa décision de renvoi, étayée par des références précises à la jurisprudence de la CJCE a su en effet convaincre cette dernière de modifier son interprétation et de suivre la voie proposée par le Conseil d'Etat français. Au-delà de susciter une écoute plus attentive de la part de la Cour de justice et de contribuer à renforcer l'influence de la jurisprudence nationale sur son raisonnement juridique, un

²³⁸ Voir par exemple CJCE, 11 décembre 2007, *Skoma-Lux*, aff. C-161/06, Rec. p. I-10841.

²³⁹ Le dialogue n'est-il pas en effet « un échange où les propos de l'un des interlocuteurs est rigoureusement fonction du propos de l'autre » ?, in M. Conche, *Le fondement de la morale*, Puf, 1993, p. 34.

²⁴⁰ Comme l'explique F. Jacques, la communicabilité d'un discours permet en effet de « rendre communes des significations malgré une disparité des codes intellectuels en présence », in F. Jacques, « Dialogue exige ; communicabilité et dialectique », *APD*, 1984, pp. 7-25, p. 24. – Certains membres de la doctrine ont ainsi attiré l'attention sur l'incommunicabilité du discours du Conseil d'Etat français, voir A. De Laubadere, « Le Conseil d'Etat et l'incommunicabilité », Conseil d'Etat, Etudes et documents, n° 31, 1979-1980, pp. 17-22, p. 18. Plus récemment, F. Melleray, « Le droit administratif doit-il redevenir jurisprudentiel ? », *AJDA*, 2005, pp. 637-643. Ou encore P. Cassia, « Réformer la décision juridictionnelle », *AJDA*, 2008, p. 1913

²⁴¹ CE, 29 décembre 2000, *Olazabal*, *op. cit.*

motivation plus approfondie de la juridiction administrative française permettrait à cette dernière de participer plus activement au dialogue des juges – un dialogue des juges qui ne serait donc pas à sens unique²⁴² – et contribuerait, ce faisant, à ce que le mécanisme préjudiciel soit plutôt ressenti comme une « *contradiction ouverte et éclairée* »²⁴³ que comme une contrainte.

Avec une explication et une justification plus fouillée de sa question préjudicielle, le juge interne favoriserait donc l'ouverture et la pérennité de ce jeu de question-réponse direct que nous évoquions plus haut. A travers à elle, c'est une coopération véritablement efficace et productive qui se développerait. Comme a su parfaitement l'exprimer Jean Rivero, « *si l'on prend la peine d'expliquer à l'homme le pourquoi et le comment de ce qui lui est imposé, sa liberté et sa raison entreront en jeu ; elles sont pour l'action, des auxiliaires plus féconds que la hargne ou la semi-hébétude née de la contemplation d'un imprimé rédigé dans une langue apparemment étrangère* »²⁴⁴. Là se dessine donc l'un des intérêts majeurs de la motivation : permettre aux divers destinataires éclairés d'avoir suffisamment confiance en celui qui en est l'auteur pour assimiler les règles et principes qu'elle contient. Par le biais d'une meilleure motivation de leurs décisions de renvoi, les juges internes contribueraient à ce que leur jurisprudence ne soit pas étrangère à la CJCE mais

²⁴² En ce sens B. Genevois, « L'application du droit communautaire par le Conseil d'Etat », *RFDA*, 2009, p. 204.

²⁴³ M. Auvray, *Le dialogue entre Conseil d'Etat et Cour européennes...*, *op. cit.*, p. 207

²⁴⁴ J. RIVERO, « A propos des métamorphoses de l'administration d'aujourd'hui : démocratie et administration », in *Mélanges offerts à René SAVATIER*, Dalloz, 1965, 972 p., p. 821 et s., p. 828.

apparaissent, au contraire, comme une ressource utile et intégrée au système juridique communautaire qu'il est particulièrement intéressant d'utiliser pour permettre une bonne uniformisation des droits en Europe.

Ainsi que le laisse entendre les mots qui précèdent, l'influence de la jurisprudence du juge administratif français, peut être améliorée par l'action ciblée de ce dernier. Cela étant, la bonne volonté d'un des acteurs ne saurait suffire. Il appartient également à la Cour de justice de se montrer plus encline à afficher les sources exogènes de sa motivation, comme elle tend par exemple à le faire avec la jurisprudence de sa consœur strasbourgeoise. D'autant que plusieurs considérations d'ordres sociologiques plaident en ce sens – on pense ici au fait qu'une partie des juges luxembourgeois sont d'anciens membres des Cours suprêmes nationales ou encore que ces juridictions disposent, de par leur ancienneté, d'une autorité intellectuelle certaine. Dans l'attente d'une modification de la pratique judiciaire interne de la Cour de justice, le rôle des avocats généraux apparaît comme essentiel à l'entretien d'un véritable dialogue coopératif puisque c'est à la lecture de leurs seules conclusions que l'on peut réellement se rendre compte de l'impact qu'a pu avoir telle ou telle jurisprudence interne sur la décision de justice adoptée par la formation de jugement. Pour conclure, on retiendra que l'institutionnalisation du dialogue par le biais du renvoi préjudiciel n'a pas entraîné une volonté plus forte de la part du juge de Luxembourg de se fonder sur les arrêts du Conseil d'Etat pour motiver ses choix. De façon tout à fait paradoxale, c'est dans le système juridique européen qui a choisi de ne pas instaurer de procédure d'échanges directs avec les juridictions étatiques que se manifeste la meilleure sensibilité envers la jurisprudence administrative française. Comme nous allons pouvoir l'observer, la Cour EDH a à cœur de se référer le

plus clairement possible aux arrêts du juge national – ici du Conseil d’Etat – dans le litige qu’elle a à trancher. A cet égard, il semble bien que la jurisprudence administrative ait exercé une influence sur les pratiques juridictionnelles mais aussi jurisprudentielles du juge de Strasbourg. Cet apport national est toutefois très variable, c’est-à-dire différemment endossé et révélé par la Cour dans ses décisions de justice. En outre, la réception des jurisprudences internes est très souvent mêlée avec les emprunts au droit international, ce qui ne rend pas facile la détermination de leur réel impact respectif.

§ II – L’INTEGRATION « INEGALEMENT ASSUMEE ET EXPRIMEE »
DE LA JURISPRUDENCE ADMINISTRATIVE DANS LES DECISIONS DE
LA COUR EUROPEENNE DES DROITS DE L’HOMME

A l’instar de la CJCE, la Cour EDH manifeste un attachement certain à la méthode comparative²⁴⁵ et, ce faisant, au dialogue des juges. Comme a pu en effet le mettre en avant Jean-François Flauss, la Cour européenne des droits de l’homme se montre « *plus ou moins attentive aux solutions adoptées par les Cours suprêmes des Etats membres, in casu ou de manière générale dans leur jurisprudence* »²⁴⁶. Loin d’être insignifiante, la considération et l’usage par le juge strasbourgeois de la

²⁴⁵ Cela s’explique, d’une part, par le fait que plusieurs dispositions conventionnelles renvoient explicitement au droit national (par exemple les articles 2, 5, 6 ou encore 12 CEDH), d’autre part, par la mobilisation de l’interprétation consensuelle. Cette dernière implique en effet la recherche d’un dénominateur au sein des droits des Etats membres du Conseil de l’Europe. De manière générale, c’est le caractère subsidiaire du mécanisme conventionnel qui pousse la Cour EDH à mobiliser l’approche comparative.

²⁴⁶ J-F. Flauss, « La prise en compte par la Cour EDH de la jurisprudence des Cours suprêmes », in *Mélanges en l’honneur de Louis Favoreu. Renouveau du droit constitutionnel*, op. cit., p. 328.

jurisprudence nationale « pourrai[en]t certainement être plus forte[s] »²⁴⁷. Bien que les décisions de justice internes soient largement invoquées devant la Cour, en particulier par les requérants et les gouvernements ou encore les tiers intervenants, l'utilisation qu'en fait le juge de Strasbourg pour justifier et expliquer ses choix et la solution qu'elle adopte reste en définitive assez discrète. Dans l'ensemble, force est de remarquer que les références explicites à la jurisprudence administrative française sont la plupart du temps localisées en dehors de la motivation à proprement dite comme par exemple dans la partie de la décision de justice consacrée au rappel des faits²⁴⁸, au droit interne²⁴⁹ ou encore à celle ayant pour fonction de présenter les arguments des parties au litige²⁵⁰. A l'inverse

²⁴⁷ *Ibid.*

²⁴⁸ Parmi d'autres Cour EDH, Gr. Ch., 29 avril 1999, *Chassagnou c/ France*, req. n° 25088/94, §§. 26-27 ; *GACEDH*, 6e éd., n° 69. – Cour EDH, 27 juin 2000, Gr. Ch., *Cha'are Shalom et Tsedek c/ France*, req. n° 27427/95, §. 44.

²⁴⁹ Voir par exemple Cour EDH, 16 avril 2002, *SA Dangeville c/ France*, req. n° 36677/97, §§. 38-40 ; note F. Berrot, *Europe*, 2002, pp. 32-33.

²⁵⁰ Voir notamment Cour EDH, 30 septembre 2003, *Koua Poirrez c/ France*, req. n° 40892/98, §. 34 ; obs. F. Sudre, *RDP*, 2004, p. 845. Le requérant renvoyait à l'arrêt *Diop* du Conseil d'Etat français du 30 novembre 2001 (n° 212779, Rec. p. 605). Ou encore, Cour EDH, (déc. partiel. irrecev.), 10 mai 2007, *Tedesco c/ France*, req. n° 11950/02, §. 55. La requérante se réfère à l'arrêt du Conseil d'Etat du 6 avril 2001, *SA entreprise Razel frères* (n° 206764, Rec. p. 176) selon lequel le rapporteur de la chambre régionale des comptes qui a procédé au contrôle administratif d'un compte public ne pouvait ensuite participer à la procédure juridictionnelle des jugements des comptes et prendre part au délibéré. – Cour EDH, 12 juin 2007, *Frerot c/ France*, req. n° 70204/01, §. 64 ; chron. F. Sudre, *JCP G.*, 200, pp. 27-32. Le gouvernement faisait référence aux arrêts du Conseil d'Etat *Marie* du 17 février 1995 (n° 97754, Rec. p. 83) et *Remli* du 30 juillet 2003 (n°252712, Rec. p. 366) relatifs aux mesures d'ordre intérieur. Voir aussi Cour EDH, 9 novembre 2006, *Sarcilor Lormines c/ France*, req. n° 65411/01, §. 46. Le gouvernement se prévaut de l'arrêt du CE 15 avril 1966, *Union nationale des pharmacies et autres* (Rec. p. 127) pour appuyer son argumentation

des conclusions des commissaires du gouvernement près le Conseil d'Etat²⁵¹ ou encore des rapports de la juridiction suprême administrative française²⁵² qui sont expressément pris en compte dans le raisonnement juridique et agissent assez nettement sur la motivation de la Cour EDH, les décisions de justice adoptées par ce juge interne peinent donc à acquérir la même reconnaissance. Ainsi, bien qu'exerçant une certaine influence pour résoudre le cas d'espèce (A), leur impact reste assez marginal en ce qui concerne l'interprétation des garanties conventionnelles (B). Se pose dès lors la question de savoir si un renvoi au titre des faits – qui n'a donc pas la même valeur qu'une place de choix au sein du raisonnement juridique et de l'argumentation du juge en tant que telle – peut être considéré comme une manifestation d'un dialogue ou bien, comme une simple utilisation du droit comparé²⁵³.

A - Une influence certaine pour résoudre le cas d'espèce

Ainsi qu'en atteste la lecture des décisions de justice strasbourgeoise, s'il y a bel et bien prise en compte de la

consistant à démontrer que le Conseil d'Etat n'est pas co-auteur du texte législatif lorsqu'il exerce sa fonction consultative.

²⁵¹ Parmi d'autres, voir Cour EDH, 26 mars 1992, *Beldjoudi c/ France*, req. n° 12083/86, série A n° 234-A, §. 78, où la Cour s'appuie expressément sur les conclusions du commissaire du gouvernement Ronny Abraham sur l'arrêt *Beldjoudi* du CE du 17 juin 1988. – Mais aussi Cour EDH, 26 février 2002, *Fretté c/ France*, req. n° 36515/97, §. 32 ; comm. A. Gouttenoire et F. Sudre, *JCP G.*, 2002, n° 19, pp. 885-889. – Cour EDH, 13 février 2003, *Chevrol c/ France*, req. n° 49636/99, §. 19.

²⁵² Cour EDH, 1 février 2000, *Mazurek c/ France*, req. n° 34406/97, §. 52 ; comm. S. HOCQUET-BERG, *LPA*, 2000, n° 93, pp. 11-21.

²⁵³ C'est la question que se pose L. Burgorgue-Larsen, « De l'internationalisation du dialogue des juges. Missive doctrinale à l'attention de Bruno Genevois », *op. cit.*, p. 119.

jurisprudence administrative au sein de la motivation européenne, celle-ci sert moins de source d'inspiration que de « *pièce de puzzle de la Cour EDH pour résoudre le cas d'espèce qui lui est soumis* »²⁵⁴. A y regarder de plus près, il semble en effet que les références aux arrêts rendus par le juge interne soient très largement justifiées par le souci de la Cour européenne des droits de l'homme de retranscrire avec rigueur et attention les faits de l'affaire dont elle est saisie afin non seulement d'apprécier correctement le cas d'espèce mais aussi de bien interpréter le droit national. La considération par la Cour EDH de la jurisprudence de l'Etat défendeur est alors utilisée comme une aide précieuse, un véritable soutien à la décision que le juge de Strasbourg va en définitive retenir dans la situation concrète qui lui est soumise. Trouvant sa place au sein de l'exposé des motifs de la juridiction européenne, elle poursuit ainsi une « *finalité technique* »²⁵⁵. C'est ce que nous proposons d'approfondir en mettant en lumière les différentes « facettes » que recouvre la prise en compte de la jurisprudence du Conseil d'Etat français.

Lorsqu'elle accorde un brevet de conventionnalité à la décision de justice adoptée par le juge administratif en dernier instance, et conclut ce faisant à l'irrecevabilité de la requête, la Cour de Strasbourg est en effet « *portée à marquer totalement ou partiellement son accord avec l'argumentation ou la motivation retenue par la juridiction soumise à son*

²⁵⁴ J. Andrianstimbazovia, « L'enrichissement mutuel de la protection des droits fondamentaux au niveau européen et national », *RFDA*, 2002, pp. 124-138.

²⁵⁵ J-F. Flauss, « La prise en compte par la Cour EDH de la jurisprudence des Cours suprêmes », in *Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu. Renouveau du droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 335.

contrôle »²⁵⁶. La prise en compte du discours du juge national permet alors au juge européen, d'une part, de consolider son raisonnement et, d'autre part, de faire preuve d'une économie de moyen. Dans cet ordre d'idée, la Cour EDH peut simplement choisir d'indiquer qu'elle adhère à l'arrêt rendu par le Conseil d'Etat dont elle a préalablement et rigoureusement retranscrit les motifs dans la partie de sa décision consacrée au rappel des faits²⁵⁷. On notera qu'un tel renvoi apparaît d'autant plus facile que l'arrêt adopté par le juge administratif est conforme à ce qu'exige précisément la Cour²⁵⁸. Mais il arrive aussi que la juridiction européenne « *se contente d'endosser textuellement le raisonnement suivi par le juge national* »²⁵⁹ et transforme par là

²⁵⁶ *Ibid.*, p. 333.

²⁵⁷ Par exemple Cour EDH, (déc. irrecev.), 25 mai 2010, *Charles Boniface c/ France*, req. n° 28785/09. Dans cette affaire la Cour européenne va reproduire l'ensemble de la motivation de l'arrêt rendu par le Conseil d'Etat le 31 décembre 2008 dans lequel ce dernier avait partiellement accueilli la demande en réparation du requérant. La requête sera donc considérée comme manifestement mal fondée au sens de l'article 35§3 de la CEDH. – Voir aussi Cour EDH, (déc. irrecev.), 8 juin 2004, *Pascal Erre c/ France*, req. n° 35324/02. – Cour EDH, (déc. partiel. recev.), 22 février 2005, *Société civile des Néo-Polders c/ France*, req. n° 71643/01.

²⁵⁸ Voir notamment Cour EDH, (déc. irrecev.), 12 décembre 2006, *Cesare Battisti c/ France*, req. n° 28796/05. Après avoir reproduit le raisonnement du Conseil d'Etat au titre du rappel des faits, la Cour énonce dans ses motifs qu' « *il ressort expressément de l'arrêt rendu par le Conseil d'Etat le 18 mars 2005, arrêt particulièrement motivé, que les autorités françaises ont dûment tenu compte de toutes les circonstances de l'espèce et de la jurisprudence de la Cour pour faire droit à la demande d'extradition des autorités italiennes* ».

²⁵⁹ J-F. Flauss, « La prise en compte par la Cour EDH de la jurisprudence des Cours suprêmes », in *Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu...*, *op. cit.*, p. 334. – Pour un endossement de la jurisprudence constitutionnelle, voir Cour EDH, 24 octobre 2000, *Thivet c/ France*, req. n° 57071/00. La requérante se plaignant du caractère disproportionnée de l'indemnité qui lui avait été allouée, en sa qualité d'ayant droit d'un porteur d'emprunts russe, au titre de la législation d'application de l'œuvre franco-russe de 1997. Afin de conclure

même la prise en considération de la jurisprudence administrative en réception pure et simple. Il en va par exemple ainsi dans la décision d'irrecevabilité *Le Maou et al.* où la Cour EDH s'attache à reproduire explicitement différents passages du raisonnement du juge administratif au sein de sa motivation pour finalement les reprendre à son compte et, ce faisant, conclure à la perte de la qualité de victime des requérants²⁶⁰. C'est

au caractère manifestement mal fondé du grief et, ce faisant, le déclarer irrecevable, la Cour EDH va reprendre les justifications du Conseil constitutionnel français dans sa décision du 29 novembre 1999. La rédaction de la motivation strasbourgeoise est on ne peut plus claire. Selon elle, « *les impératifs d'égalité devant la loi, mentionnés dans le rapport de la Commission Paye, ainsi que l'ancienneté du préjudice, le caractère fini de la somme destinée à son indemnisation et la nécessité d'éviter que soit réduite à néant la réparation due aux titulaires de portefeuilles modestes, comme l'a souligné le Conseil constitutionnel, suffisent de l'avis de la Cour pour justifier ainsi l'impossibilité absolue, du moins la très grande inopportunité, de mettre en œuvre une indemnisation strictement proportionnelle au montant des créances dues aux bénéficiaires de celle-ci, dont la requérante* ».

²⁶⁰ Cour EDH, (déc. irrecev.), 13 janvier 2009, *Le Maou et al. c/ France*, req. n° 49484/07. Dans cette affaire, la Cour EDH va commencer par constater que dans plusieurs de ses décisions, le Conseil d'Etat, écarta l'application de la loi litigieuse en raison du fait que ses dispositions méconnaissait l'article 1P1 de la CEDH (les motifs invoqués par l'Etat pour justifier les mesures rétroactives ne reposaient pas sur des « *motifs suffisants d'intérêt général* »). En outre, elle remarque que le Conseil d'Etat condamna celui-ci à verser à chacun des requérants une somme d'argent. Le Conseil d'Etat écarta aussi la loi sur le fondement de l'article 6§1 estimant que les raisons avancées par l'Etat ne revêtaient pas de caractère impérieux d'intérêt général. « *Dans ces conditions, la Cour est convaincue que les juridictions nationales ont reconnu de manière explicite et non équivoque l'incompatibilité des dispositions de la loi litigieuse tant avec l'article 1P1 qu'avec l'article 6§1, et qu'il a été suffisamment remédié aux griefs soulevés au niveau national (...). La Cour constate sur ce point que le Conseil d'Etat a exercé un contrôle, au visa de l'article 1P1 et 6§1 de la Convention, du juste équilibre à atteindre entre l'atteinte portée aux droits des requérants et les motifs*

également le cas dans la décision d'irrecevabilité, *V.D et C.G*²⁶¹. Confrontée à la question de savoir si la liberté d'expression des requérantes avait été méconnue par l'annulation en justice de la décision du ministre de la culture et de la communication qui avait accordé à leur film « *Baise moi* » un visa d'exploitation sans prévoir une interdiction pour les mineurs de moins de 18 ans²⁶², la Cour européenne va expressément choisir de se « *situ[er] essentiellement par rapport à la motivation retenue par le Conseil d'Etat* » pour finalement considérer que « *les motifs de celui-ci sont pertinents et suffisants* ». Rappelant en substance l'argumentation du juge administratif français – qu'elle a préalablement reproduit dans la partie de sa décision de justice consacrée au rappel des faits – la Cour EDH estime qu'« *eu égard au contenu du film, la haute juridiction française a pu considérer que la confrontation avec des scènes et un univers violent aurait pu être préjudiciable à un jeune public. En outre, après avoir visionné le film, la Cour a la conviction que la décision du Conseil d'Etat ne saurait passer pour arbitraire ou excessive* ».

L'attention accordée au discours du juge national révèle ici, selon nous, la volonté de la Cour EDH d'entrer en contact et d'échanger avec les juridictions nationales.

Il n'est pas rare par ailleurs, de voir la Cour de Strasbourg prendre acte et se féliciter – plus ou moins explicitement – de l'évolution de la jurisprudence administrative sur tel ou tel point de l'affaire qu'elle a à trancher.

d'intérêt général susceptibles de justifier une telle mesure, analysant de manière complète et détaillée chacun de ces motifs ».

²⁶¹ Cour EDH, (déc. irrecev.), 22 juin 2006, *V.D et C.G c/ France*, req. n° 68238/01.

²⁶² CE, 30 juin 2000, *Association Promouvoir*, n° 222194 et 222195, Rec. p. 265 ; comm. J. Morange, *RFDA*, 2000, pp. 1311-1321.

C'est le cas notamment dans l'arrêt *Aon Conseil et Courtage S.A et Christian De Clarens S.A c/ France* de 2007²⁶³. Amenée à se prononcer sur la question de savoir si les sociétés requérantes étaient détentrices d'un bien au sens de l'article 1 Protocole 1 en raison du rejet de leur demande de remboursement des sommes impayées au titre de la TVA pour le 1^{er} semestre de l'année 1978, la Cour EDH va en effet « *note[r] que le Conseil d'Etat a effectué un revirement de sa jurisprudence en octobre 1996, ce qui offrait un recours efficace en remboursement devant les juridictions administratives françaises* »²⁶⁴. Or, les requérantes avaient introduit leur recours devant les juridictions internes avant cette date. Leur droit au remboursement était donc intact et celles-ci avaient une espérance légitime de pouvoir obtenir le remboursement de la somme litigieuse. Il y a par conséquent violation de l'article 1P1 de la Convention européenne des droits de l'homme. Ici, l'assentiment de la Cour EDH envers l'évolution de la jurisprudence interne remplit certes une fonction pédagogique – en ce sens qu'elle témoigne de l'attention que cette dernière porte aux efforts entrepris par les juges nationaux pour se conformer aux exigences conventionnelles – mais aussi, et surtout, une fonction essentiellement pratique. De fait, la prise en compte de la nouvelle position du Conseil d'Etat est directement imposée par les circonstances de l'espèce. La justification du manquement de l'Etat à ses obligations

²⁶³ Cour EDH, 25 janvier 2007, *Aon Conseil et Courtage S.A et Christian De Clarens S.A c/ France*, req. n° 70160/01 ; note Ph. Neau-Leduc, *Revue des contrats*, 2007, pp. 864-866.

²⁶⁴ *Ibid.*, §. 39. Voir le §. 37 : « *jusqu'à l'arrêt S.A Revert et Badelon rendu par le Conseil d'Etat le 30 octobre 1996, celui-ci refusait de faire droit aux demandes de remboursement des sociétés d'assurance concernées, estimant notamment ne pas devoir contrôler une norme nationale au regard d'une norme communautaire* ».

conventionnelles supposait en effet de la part de la Cour de démontrer que la situation des requérantes ne tombait pas sous l'emprise du revirement de jurisprudence opéré par le juge administratif.

Autre illustration possible, l'arrêt *Guisset c/ France* de 2000²⁶⁵, où renvoyant expressément à la motivation de l'arrêt *Lorenzi* adoptée par le Conseil d'Etat le 30 octobre 1998 qu'elle fait totalement sienne, la Cour va conclure au fait que l'article 6§1 est applicable à la procédure litigieuse dans la mesure où la Cour de discipline budgétaire « doit être regardé comme décidant du bien-fondé d' « accusations en matière pénale » au sens de la Convention »²⁶⁶. En l'occurrence, l'influence de l'approbation de la jurisprudence administrative sur les appréciations de la Cour européenne apparaît plus significative qu'elle ne l'était dans l'arrêt *Aon Courtage* précité dans la mesure où celle-ci intervient en définitive pour justifier l'applicabilité de l'article 6§1 de la CEDH²⁶⁷ et permettre, par là même, la résolution du cas d'espèce. Quant à l'une des questions de fond qui se posait, à savoir la publicité des débats, le juge européen va là encore faire appel à l'arrêt *Lorenzi* précité, et reproduire le passage pertinent de son raisonnement, pour rappeler qu'en vertu de celui-ci le gouvernement ne conteste plus le droit à la tenue d'une audience publique. Surtout, l'Etat défendeur n'invoque aucun autre motif permettant de justifier en l'espèce le huit clos. Partant, il y a violation de l'article 6§1 de la CEDH.

²⁶⁵ Cour EDH, 29 septembre 2000, *Guisset c/ France*, req. n° 33933/96.

²⁶⁶ *Ibid.*, §. 59. Ici, la Cour EDH cite une partie de l'argumentation de l'arrêt *Lorenzi* du CE qu'elle a reproduit dans la partie de sa décision de justice consacrée au « droit et à la pratique internes pertinents », (voir le §. 57).

²⁶⁷ On ajoutera qu'une telle prise en considération de l'arrêt du Conseil d'Etat permet à la Cour EDH de faire preuve d'une économie de motifs tout en s'assurant d'une réception efficace de son appréciation.

Plus flagrants encore – bien que ne concernant pas la France et le juge administratif – sont les arrêts *Vermeire c/ Belgique* de 1991²⁶⁸ ou encore *Scordino c/ Italie* de 2006²⁶⁹ dans lesquels la Cour accorde un « *brevet de bonne conduite* »²⁷⁰ aux juridictions internes en raison de leur réception exacte de la jurisprudence européenne. Ainsi qu'en attestent ces exemples, la Cour européenne semble avoir à cœur de prendre en compte les évolutions de la jurisprudence administrative. Une telle manière de motiver est du reste particulièrement bienvenue de la part d'une juridiction supranationale qui cherche à développer une réelle coopération avec les Etats membres et, plus spécifiquement, un véritable dialogue avec les juges internes. En donnant à ces derniers le sentiment d'être bien écoutés et la preuve que leurs efforts vers une meilleure protection des droits et libertés fondamentaux sont d'une manière ou d'une autre pris en compte et reconnus, le Palais des droits de l'homme en effet trouvé le moyen « d'infuser » de manière efficace et rapide auprès de ces derniers l'idée que la Cour n'est pas seulement là pour les sanctionner mais qu'elle sait aussi, quand cela est nécessaire, les féliciter et promouvoir leur rôle de premier garant des droits de l'homme.

²⁶⁸ Cour EDH, 29 novembre 1991, *Vermeire c/ Belgique*, req. n° 12849/97, série A n° 214-C ; chron. P. TAVERNIER, *JDI*, 1992, pp. 799-801. La Cour EDH se réjouit ici de l'application par la Cour d'arbitrage belge de l'arrêt de la Cour EDH, *Marckx c/ Belgique* de 1979.

²⁶⁹ Cour EDH, Gr. Ch., 29 mars 2006, *Scordino c/ Italie n° 1*, req. n° 36813/97, Rec. 2006-V, §. 147 ; note O. MATTER, *JDI*, 2007, pp. 693-696. La Cour approuve le revirement de jurisprudence, conforme à la jurisprudence européenne qui avait en effet plusieurs fois condamné l'Italie (voir les arrêts cités dans l'affaire susmentionnée), auquel à procéder la Cour de cassation italienne concernant le montant de l'indemnité d'expropriation.

²⁷⁰ J-F. Flauss, « La prise en compte par la Cour EDH de la jurisprudence des Cours suprêmes », in *Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu. Renouveau du droit constitutionnel*, op. cit., p. 335.

A côté de cela, la Cour EDH peut aussi décider d'approuver – en plus de la décision de justice nationale rendue à l'encontre du requérant dans le litige dont elle est présentement saisi – un ou plusieurs arrêt(s) du juge administratif. A première vue, il semble qu'une telle pratique réponde à deux besoins : conforter et renforcer le raisonnement et la solution retenue par la Cour²⁷¹ ou bien, répondre au mieux à l'argumentation de l'une des parties au litige et éviter ainsi les critiques tenant à l'arbitraire du juge²⁷². L'intérêt de cet acquiescement spontané, et plus ou

²⁷¹ Cour EDH, 11 février 2010, *Javaugue c/ France*, req. n° 39730/06. Dans cette affaire, le requérant se plaignait de la présence du commissaire du gouvernement au délibéré du Conseil d'Etat et de l'application rétroactive du nouveau dispositif introduit par la loi du 30 décembre 2004. Pour répondre à ce grief, la Cour EDH va, d'une part estimer qu'avant l'entrée en vigueur de la loi de 2004, le requérant pouvait légitimement s'attendre à obtenir son admission à la retraite anticipée et, d'autre part, considérer que la rétroactivité de la loi ne reposait sur d'impérieux motifs d'intérêt général en raison du seul intérêt financier poursuivi par l'Etat. Or, alors que ce seul élément permettait à la Cour de conclure à la violation de l'article 6§1, la Cour EDH va décider de rappeler qu' « au demeurant, (...) dans son avis Provin du 27 mai 2005, le Conseil d'Etat avait lui-même jugé, de manière expresse, que les dispositions législatives rétroactives en question ne reposaient pas sur d'impérieux motifs d'intérêt général et, de ce fait, méconnaissaient l'article 6§1 de la CEDH » (§.42). – Voir également Cour EDH, 25 juin 1996, *Amuur c/ France*, req. n° 19776/92, Rec. 1992-II, §. 52 qui illustre l'appui trouvé dans la jurisprudence constitutionnelle nationale.

²⁷² Cour EDH, (déc. irrecev.), 20 avril 2010, *El Orabi c/ France*, req. n° 20672/05. Après avoir rappelé que dans les cas où le requérant invoque l'article combiné avec l'article 1 Protocole 1 en raison du fait qu'il a été privé d'une pension de réversion, le critère pertinent consiste à rechercher si celui-ci aurait eu un droit, sanctionnable devant les tribunaux internes, à percevoir ladite prestations, la Cour va « prend[re] acte de la jurisprudence du Conseil d'Etat », précisément « rappelée par le Gouvernement dans ses observations (...) ». A cet égard, elle souligne que selon la position du juge administratif français « toute différence de traitement en matière de pension, fondée sur la

moins explicite, à la jurisprudence administrative ne saurait toutefois s'arrêter là. Qu'elle contribue ou non directement déterminer la solution retenue par la Cour EDH, cette attention portée à la jurisprudence du Conseil d'Etat va en effet permettre au juge européen d'accorder à celle-ci – de façon tout à fait incidente mais néanmoins certaine – un brevet de conventionnalité²⁷³. Surtout, en procédant de la sorte, la Cour a

perte collective de la nationalité française à l'occasion de l'accession à l'indépendance d'un Etat antérieurement rattaché à la France, ne saurait être justifiée ». – Voir aussi Cour EDH, 29 octobre 2009, *Paradysz c/ France*, req. n° 17020/05. Dans cette affaire, le gouvernement soulevait le non épuisement des voies de recours internes au motif que le requérant ne s'était pas plaint devant les juges nationaux des conditions de son transfèrement à l'hôpital et du fait qu'il a été menotté et entravé. Pour espérer voir la Cour EDH déclarer ce grief irrecevable, le gouvernement citait l'arrêt *Chabba* du Conseil d'Etat du 23 mai 2003. Selon lui, depuis cet arrêt, le requérant disposait d'un recours effectif pour faire valoir ce grief. La Cour ne va pas accueillir cette argumentation. Bien que notant « avec intérêt l'évolution jurisprudentielle relative au régime de responsabilité de l'Etat en raison des actes des services pénitentiaires. (...) l'arrêt du Chabba a opéré un revirement de jurisprudence et a reconnu la responsabilité de l'Etat dans le suicide d'un détenu en détention provisoire en raison d'une succession de fautes simples imputables au service pénitentiaire (...) », (souligné par nous). Toutefois, cette décision « *ne concerne pas la responsabilité des autorités pénitentiaires dans le cadre de l'organisation des escortes des détenus faisant l'objet d'une extraction médicale* ». Le recours préconisé par l'Etat n'a pas acquis un degré suffisant de certitude. Le grief est recevable.

²⁷³ Cour EDH, 26 avril 2007, *Gebremedhin c/ France*, req. n° 25389/05 ; comm. J-P. Marguenaud, *Dalloz*, 2007, pp. 2780-2783. Le requérant se plaint du risque de torture ou de traitements inhumains ou dégradants auquel il serait exposé s'il était renvoyé en Erythrée. Il dénonce l'absence de recours suspensif contre les décisions de refus d'admission sur le territoire et de réacheminement. Au sein de sa motivation, la Cour européenne va en effet rappeler que dans une ordonnance du 25 mars 2003, « *le Conseil d'Etat a jugé que le droit d'asile a le caractère d'une liberté fondamentale et a pour corollaire le droit de solliciter le statut de réfugié lequel implique que l'étranger qui sollicite la reconnaissance de la qualité de réfugié soit en*

une nouvelle fois trouvé un moyen efficace d'accroître sa force d'attraction envers les Etats et, plus particulièrement, d'encourager les interactions avec les juges internes. Car en effet, comment pousser les juridictions nationales à échanger et à réceptionner la jurisprudence européenne, si cette dernière n'est pas elle-même encline à s'ouvrir à leurs discours ?

Enfin, une dernière hypothèse doit être évoquée, celle où la Cour EDH n'approuve pas, mais au contraire rejette la vision que le juge administratif se fait des exigences conventionnelles. C'est le cas, par exemple, de l'arrêt *Association Ekin c/ France* de 2001²⁷⁴. Dans cette affaire la Cour EDH va tout d'abord rendre compte et acquiescer à l'évolution de la jurisprudence administrative relative aux recours en annulation des décisions du ministre de l'intérieur en matière de publications étrangères – en ce sens que le Conseil d'Etat accepte désormais de procéder à un contrôle de proportionnalité entre l'intérêt général justifiant de telles décisions et les intérêts individuels lésés – avant de conclure à la violation de la CEDH et, par là même, dénoncer le caractère insuffisant de l'arrêt du 9 juillet 1997 rendu par le juge suprême administratif²⁷⁵. Ainsi que le laisse entendre la motivation strasbourgeoise, si « *le Conseil d'Etat a élargi l'étendue de son pouvoir de contrôle à un contrôle entier des motifs de la décision* »²⁷⁶, le seul encadrement des pouvoirs de

principe autorisé à demeurer sur le territoire jusqu'à ce qu'il ait été statué sur sa demande ». La Cour EDH acquiesce ici à cette décision de justice du Conseil d'Etat sans que celle-ci influe directement sur le constat de violation de l'article 13 de la CEDH.

²⁷⁴ Cour EDH, 17 juillet 2001, *Asso. Ekin c/ France*, req. n° 39288/98 ; note A. Guedj, *JDI*, 2002, pp. 299-301.

²⁷⁵ Jusqu'à son arrêt du 9 juillet 1997, *Association Ekin*, (n° 151064, Rec. p. 300 ; concl. Denis-Lindon, *RFDA*, 1997, p. 287 et s.), le Conseil d'Etat procédait à un simple contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation.

²⁷⁶ §. 62 de l'arrêt Cour EDH, *Association Ekin*, *op. cit.*

police du ministre auquel procède précisément l'arrêt du Conseil d'Etat précité ne suffit pas à « sauver »²⁷⁷ l'article 14 de la loi de 1881 qui aurait du être considéré comme incompatible avec l'article 10 de la CEDH en raison de son caractère discriminatoire mais aussi, et surtout, en raison d'une absence d'encadrement suffisant des pouvoirs de police dudit ministre pour éviter les abus. Ici, la prise en compte de la jurisprudence administrative illustre la volonté de la Cour EDH de poursuivre le dialogue, cette dernière repoussant en effet l'idée que le respect de l'article 10 requerrait seulement un contrôle entier de proportionnalité sur l'exercice de ce pouvoir de police, pour finalement signifier au Conseil d'Etat que les exigences conventionnelles s'opposent à une habilitation aussi large (à charge pour lui d'en tirer les conséquences contentieuses nécessaires).

Dans une moindre mesure, on pourrait citer les deux arrêts « clones » *Brosset-Triboulet c/ France* et *Depalle c/ France* de 2010²⁷⁸ où la Cour EDH « disqualifie »²⁷⁹ l'analyse du Conseil d'Etat en ce qui concerne l'applicabilité de l'article 1 Protocole de la CEDH à un contentieux relatif à une occupation privative du domaine public. En effet, la Haute juridiction administrative avait écarté comme inopérant le moyen fondé sur la disposition conventionnelle en l'absence de droit réel et validé la stricte application des principes de la domanialité publique imposant la

²⁷⁷ S. Rabiller, observations sous CE, 9 juillet 1997, *Association Ekin*, RDP, 1998, p. 553 et s., p. 571.

²⁷⁸ Cour EDH, Gr. Ch., 29 mars 2010, *Brosset-Triboulet c/ France*, req. n° 34078/02 et Cour EDH, Gr. Ch., 29 mars 2010, *Depalle c/ France*, req. n° 34044/02 ; note R. Noguellou, *Revue Droit administratif*, 2010, alerte 28.

²⁷⁹ En ce sens, voir G. Gonzalez, « Validation de l'éviction brutale d'un occupant du domaine public maritime », *JCP G.*, 2010, 451.

remise en état des parcelles sans indemnisation préalable²⁸⁰. Le juge européen quant à lui, décide de mobiliser l'interprétation autonome de la notion de « bien » pour finalement retenir l'applicabilité de l'article 1 Protocole 1 de la CEDH²⁸¹. Ce recadrage ne doit cependant pas masquer qu'au moment d'apprécier le respect des exigences conventionnelles, la Cour se montre beaucoup plus sensible à l'argumentaire tiré de l'inaliénabilité et de l'imprescriptibilité du domaine public. En d'autres termes, sans faire obstacle à l'invocabilité du droit garanti par la Convention, ces derniers pèsent considérablement dans l'appréciation du juste équilibre entre les intérêts en présence, un renvoi exprès étant d'ailleurs fait aux conclusions du commissaire du gouvernement du Conseil d'Etat²⁸².

Dans l'ensemble, la prise en compte de la motivation des arrêts rendus par le juge administratif apparaît donc comme très

²⁸⁰ CE, 6 mars 2002, *Depalle, Brosset et Triboulet*, n° 217647 et 217646, Rec. p. 76.

²⁸¹ Tout en admettant que les autorisations d'occupation n'étaient pas constitutives de droits réels sur le domaine public (§ 67), la Cour rappelle que le fait pour les lois internes d'un Etat de ne pas reconnaître un intérêt particulier comme « droit », voire comme « droit de propriété », ne s'oppose pas à ce que l'intérêt en question puisse néanmoins, dans certaines circonstances, passer pour un « bien » au sens de l'article 1 du Protocole no 1. Elle juge donc en l'espèce l'espèce, que le temps écoulé a fait naître l'existence d'un intérêt patrimonial du requérant à jouir de la maison, lequel était suffisamment reconnu et important pour constituer un « bien » au sens de la norme exprimée dans la première phrase de l'article 1 du Protocole 1 (§ 68). Sur cette divergence d'appréciation dans l'applicabilité de la disposition conventionnelle, v. infra L. Milano, *Partie II*, chap. 2, spéc. p. 320 et s.

²⁸² Cour EDH, Gr. Ch., 29 mars 2010, *Brosset-Triboulet c/ France*, et Cour EDH, Gr. Ch., 29 mars 2010, *Depalle c/ France*, *op. cit.*, §. 90 : « la Cour partage l'avis du commissaire du gouvernement du Conseil d'Etat selon lequel l'offre en question eût pu constituer une solution permettant de concilier les intérêts en présence ».

utile pour la Cour EDH, soit qu'elle prenne position par rapport aux appréciations du juge national dans l'espèce qui lui est déférée, soit qu'elle se prononce à l'occasion de l'affaire qu'elle a à trancher sur l'état et l'évolution de la jurisprudence interne. Dans les deux cas, il s'agit pour le juge européen de faire œuvre pédagogique afin que soient acceptées plus facilement ses décisions de justice²⁸³ mais aussi, et surtout, que perdure par le biais d'une vraie coopération ascendante, le dialogue des juridictions²⁸⁴. A cet égard, les illustrations tirées des arrêts *Depalle* ou *Brosset et Triboulet* ne sont pas sans suggérer une certaine interférence des conceptions nationales sur l'interprétation des garanties conventionnelles. Il faut donc voir à présent ce qu'il en est de cette hypothèse, moins souvent vérifiée.

B - Une influence marginale pour l'interprétation des garanties offertes par la CEDH

Comme a pu le faire remarquer Jean-François Flauss, la Cour EDH puise ponctuellement – et « *il est vrai de manière souvent diffuse* »²⁸⁵ – dans les méthodes de contrôle et

²⁸³ Le renvoi aux droits internes contribue en effet à légitimer la démarche de la Cour EDH.

²⁸⁴ L'idée suggérer ici est que, comme le disait Aristote, c'est en montrant son objet que le discours devient à même de remplir sa fonction, in *Rhétorique III*, 1404b, 1973, *Les belles lettres*. Chapitre 2 à 5, spéc. p. 41.

²⁸⁵ J-F. Flauss, « La prise en compte par la Cour EDH de la jurisprudence des Cours suprêmes », in *Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu. Renouveau du droit constitutionnel, op. cit.*, p. 330. – Voir aussi M-A. Eissen, « L'interaction des jurisprudences constitutionnelles nationales et de la jurisprudence de la Cour EDH », in D. Rousseau et F. Sudre (dir.), *Conseil constitutionnel et Cour EDH*, éd. STH, 1990, p. 140.

d'interprétation propres aux Cours suprêmes²⁸⁶. Selon l'auteur, deux séries de principes sont en effet directement inspirées des juridictions suprêmes nationales. D'une part, les « *principes amplificateurs* ». On pense ici par exemple au principe de l'intangibilité de la substance des droits garantis qui rappelle la notion de noyau intangible des droits fondamentaux présente dans la jurisprudence du Tribunal fédéral suisse et de la Cour constitutionnelle allemande, à celui de prévisibilité de la loi, également très proche de certains concepts suisses et allemand²⁸⁷, ou encore au principe de l'effet horizontal de la CEDH, une nouvelle fois caractéristique de la jurisprudence allemande²⁸⁸. D'autre part, « *les principes modérateurs* » tels que le principe de proportionnalité très largement pratiqué par la Cour de Karlsruhe et le Tribunal fédéral de Lausanne²⁸⁹ mais aussi le principe de sécurité juridique que l'on retrouve, bien avant qu'il ne fasse son apparition dans l'*Affaire relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique* de 1968²⁹⁰, dans les articles 129 et 140 de la Constitution autrichienne.

²⁸⁶ Voir aussi C. Grewe, « Le juge constitutionnel et l'interprétation européenne », in F. Sudre, *L'interprétation de la CEDH*, Bruylant, 1998, pp. 204-207.

²⁸⁷ J-F. Flauss renvoie ici à D. Szymczak, *La CEDH et le juge constitutionnel national*, Bruylant, 2007, 849 p.

²⁸⁸ Pour plus de détails sur cette technique inspirée de la doctrine allemande du *drittwirkung*, consulter par exemple B. Moutel, *L'effet horizontal de la CEDH en droit privé français : Essai sur la diffusion de la CEDH dans les rapports entre personnes privées*, Thèse dactyl. Université de Limoges, 2006, 495 p.

²⁸⁹ Voir notamment H-C. Rupp, « Object et protection des droits fondamentaux », in L. Favoreu (dir.), *Cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux*, Economica, 1982, p. 246 et s.

²⁹⁰ Cour plénière EDH, 23 juillet 1968, *Affaire relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique c/ Belgique*, req. n° 1474/62 et al., série A n° 6.

Mis à part ces emprunts de méthodes qui irriguent l'ensemble de la jurisprudence strasbourgeoise, les hypothèses où l'on peut déceler une influence des discours des juges nationaux – et pour ce qui nous intéresse ici du juge administratif français – sur l'interprétation des garanties conventionnelles sont plutôt rares²⁹¹.

Une telle influence apparaît tout d'abord – mais de façon seulement ponctuelle – lorsque la position du Conseil d'Etat converge avec celle que souhaite adopter la Cour EDH. Dans l'affaire *Guyot c/ France* du 1 décembre 2005²⁹², le juge de Strasbourg est par exemple venu confirmer l'interprétation du principe de non discrimination faite par le Conseil d'Etat dans l'arrêt *Pelletier* du 6 avril 2001. En l'espèce, le requérant se plaignait d'une discrimination dans l'attribution d'une indemnisation pour les orphelins de personnes déportées en raison des persécutions antisémites durant la 2e guerre mondiale. Après avoir rappelé que « *l'article 14 n'empêche pas une distinction de traitement si elle repose sur une appréciation objective de circonstances de fait essentiellement différentes et si, s'inspirant de l'intérêt public, elle ménage un juste équilibre*

²⁹¹ On ne traitera pas ici des cas où la Cour EDH emploie des termes ou expressions qui semblent exprimer un certain impact du droit français mais non spécialement de la jurisprudence nationale. Pour citer tout de même un exemple, voir l'affaire Cour EDH, 3 mai 2007, *97 membres de la congrégation des témoins de Jehovah de Gldani et 4 autres c/ Géorgie* dans laquelle les requérants soutenaient entre autres que les autorités nationales avaient tout simplement refusé de leur appliquer la loi en raison de leur foi, (req. n° 71156/01, §. 140). Dans cet arrêt, la Cour EDH va en effet employer les termes de « *principe d'égalité de tous devant la loi* » qui rappellent la conception française de l'égalité (voir la DDHC de 1789).

²⁹² Cour EDH, (déc. irrecev.), 1^{er} décembre 2005, *Guyot c/ France*, req. n° 5214/02.

entre la sauvegarde des intérêts de la communauté et le respect des droits et libertés garantis par la Convention », la Cour EDH va s'appuyer expressément sur le raisonnement du juge administratif dans l'arrêt précité pour déterminer dans quelle mesure l'interprétation de l'article 14 peut conduire à ce qu'une différence entre des situations à d'autres égards analogues justifient des distinctions de traitement juridique. Adoptant donc la même logique et la même motivation que le juge administratif²⁹³, la Cour EDH va en effet conclure que « l'on ne saurait nier la spécificité des persécutions perpétrées à l'égard des personnes juives pendant la 2e guerre mondiale, spécificité qui tient à son caractère systématique et à son but, à savoir l'extermination de tout un peuple ». Aussi, « bien que son père ait été déporté et soit mort pour avoir aidé des juifs, le requérant ne saurait être considéré comme étant « placé dans une situation analogue » à celle des orphelins dont le père ou la mère est décédé en déportation dans le cadre des persécutions antisémites qui eurent lieu à cette période, c'est-à-dire du seul fait qu'ils étaient juifs ». En outre, même dans l'hypothèse où l'on aurait pu considérer comme comparable la situation des orphelins de déportés juifs et celle des orphelins d'autres déportés, la « différence de traitement, résultant de l'octroi d'une indemnisation aux premiers, pourrait également trouver une justification objective et raisonnable dans le fait qu'une telle mesure visait tant à reconnaître la responsabilité de la

²⁹³ Comme le relève la Cour EDH, selon le Conseil d'Etat, « la situation des orphelins des déportés juifs n'était pas analogue à celle des orphelins d'autres déportés durant la 2e Guerre mondiale ou, tout du moins, qu'une différence de traitement de ces orphelins, dans l'octroi d'une indemnisation, pouvait passer pour objectivement justifiée et raisonnable, compte tenu de la spécificité des persécutions subies par leurs parents à cette époque en raison de leur religion, et en particulier quant au caractère systématique de ces persécutions ».

France dans la déportation des juifs de France qu'à permettre l'indemnisation de personnes qui, ayant fui le territoire ou étant issus de parents étrangers, n'avaient pu percevoir une indemnisation après la guerre ». En l'absence de discrimination contraire à l'article 14 de la CEDH, le grief du requérant doit donc être considéré comme manifestement mal fondé et doit être rejeté en application de l'article 35 §§. 3 et 4 de la Convention.

Cette impression de compréhension et de rapprochement mutuel induit par la prise en considération de la jurisprudence administrative se dégage également de l'arrêt *E.B c/ France* de 2008²⁹⁴ relatif à la question de l'adoption par une personne homosexuelle. Comme dans l'arrêt *Fretté*²⁹⁵ rendu quelques années auparavant, il s'agissait précisément de savoir si le refus d'agrément à l'adoption opposé à une personne célibataire homosexuelle rentrait dans le champ d'application du droit au respect de la vie privée et familiale garanti par l'article 8 de la CEDH et si, dans l'affirmative, le rejet de ladite demande devait être considéré comme discriminatoire. Toutefois, à la différence du constat de non discrimination à laquelle elle était parvenue 2002 – suivant en cela le raisonnement du Conseil d'État dans son arrêt du 9 octobre 1996²⁹⁶ – l'arrêt *E.B* conduit la Cour européenne à s'écarter de la jurisprudence administrative pour finalement considérer qu'en vertu des articles 14 et 8 combinés,

²⁹⁴ Cour EDH, Gr. Ch., 22 janvier 2008, *E.B. c/ France*, req. n° 43546/02 ; comm. A. Gouttenoire et F. Sudre, *JCP G.*, 2008, n° 15, II-10071.

²⁹⁵ Cour EDH, 26 février 2002, *Fretté c/ France*, req. n° 36515/97 ; comm. A. Gouttenoire et F. Sudre, *JCP G.*, 2002, pp. 885-889.

²⁹⁶ La motivation de la Cour EDH dans l'arrêt *Fretté* rejoint celle du Conseil d'État et de son commissaire du gouvernement. Elle conclut pareillement que les autorités nationales « ont légitimement et raisonnablement pu considérer que le droit de pouvoir adopter dont le requérant se prévalait selon l'article 343-1 du Code civil trouvait sa limite dans l'intérêt des enfants susceptibles d'être adoptés, nonobstant les aspirations légitimes du requérant et sans que soient remis en cause ses choix personnels » (voir le §. 42 de l'arrêt *Fretté*).

l'homosexualité ne saurait désormais fonder un refus d'agrément. Cela étant, force est de reconnaître l'attention particulièrement soutenue que la Cour EDH va tout de même accorder à la jurisprudence du CE, en s'y référant à plusieurs reprises. Au § 83 de sa motivation, la juridiction strasbourgeoise rappelle en effet que le renvoi du juge français aux « conditions de vie » de la requérante s'expliquait par les pièces du dossier soumises aux juges du fond, sans que cela puisse être interprétée comme une position de principe concernant ses orientations sexuelles. Partant, la Cour constate au § 84 « *que les juridictions ont eu soin de juger que les orientations sexuelles de la requérante, bien que prises en compte, ne fondaient pas la décision litigieuse* ». Ici, la position du Conseil d'Etat converge avec celle que va finalement prendre le juge de Strasbourg. Au § 88, ce dernier fera enfin référence aux « précautions » de la juridiction administrative pour justifier la prise en compte de la vie de la requérante.

L'influence de la jurisprudence administrative sur l'interprétation des garanties conventionnelles peut par ailleurs être décelée lorsque la Cour EDH, se prononçant sur une question inédite pour elle, mais ayant déjà fait l'objet d'un traitement en droit interne, s'aligne sur la position du juge national²⁹⁷. Cela s'est vérifié notamment s'agissant de la qualification de l'excision comme traitement inhumain et dégradant au sens de l'article 3 et la prise en compte, au titre de la protection par ricochet résultant de cette disposition, des

²⁹⁷ Comme le fait en effet valoir Jean-Paul Costa, « *il arrive et il arrive même de plus en plus que le juge national aborde une question inédite et la tranche dans un sens certain, puis que la Cour s'aligne sur sa position* », in *Mélanges en hommage à P. Lambert, Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire*, Bruylant, 2000, pp. 153-166, p. 155.

risques dus à des personnes privées²⁹⁸. On notera toutefois qu'il ne s'agit là que d'un impact potentiel dans la mesure où le juge européen ne révèle pas ses sources. La convergence qui résulte de la nouvelle solution adoptée par la Cour européenne invite cependant à considérer que le discours des juridictions nationales a été entendu et finalement réceptionné. Pour terminer d'illustrer le caractère ascendant du dialogue des juges²⁹⁹, on évoquera enfin le contentieux relatif à l'éloignement des étrangers délinquants ou criminels à l'occasion duquel le

²⁹⁸ Voir pour la prise en compte de risque émanant de tiers, CE, 10 mai 96, *Préfet de la Drôme c/ Consorts Sellami*, n°162409 et Cour EDH, 29 avril 1997, *HLR c/ France*, n°24573/94, Rec. 1997-III (*RUDH*, 1997, p.347, note N. Chauvin). Pour la qualification de l'excision et la prise en compte de risque émanant de simples particuliers non organisée, voir TA Lyon, 12 juin 1996, Marianne Condé, *RTDH*, 1995, p. 695, note M. Levinet ; CE, 20 déc. 2000, *Prefet de l'Essonne c/ Mme Ouattara et Cour EDH*, déc., 8 mars 2007, *Collins et Akaziebie c. Suède*, n° 23944/05. Ces exemples sont développés en Partie II, chapitre 1. Mais d'autres illustrations, intéressant l'effet horizontal de la Convention et la jurisprudence judiciaire, peuvent être proposées. Voir notamment l'arrêt Cour EDH, 12 juin 2003, *Van Kuck c/ Allemagne*, (req. n° 35968/97 ; osb. J-P. Marguenaud, *RTD. Civ.*, 2004, pp. 361 et s) dans lequel le juge européen fait application de la CEDH aux relations interindividuelles contractuelles. Or, force est de remarquer que la Cour de cassation française avait déjà jugé en ce sens en faisant application de l'article 8 de la CEDH à un contrat de bail (CCASS, 3e Ch. Civ, 6 mars 1996, *OPAC c/ Mel Yedei*, n° 93-11.113 ; obs. J. Hauser, *RTD. Civ.*, 1996, pp. 580 et s.) et à un contrat de travail (CCASS, Ch. Soc., 12 janvier 1999, *Spileers* ; note J-P. Marguenaud et J. Mouly, *Dalloz*, 1999, p. 645). – V. aussi Cour EDH, 11 avril 2006, *Cabourdin c/ France*, (req. n° 19324/02 ; chron. F. Sudre, *JCP G.*, 2006, I-164) à l'occasion duquel le juge de Strasbourg reconnaît l'applicabilité horizontale de l'article 6§1 e matière de validation législative tout comme l'avait fait la Cour de cassation, Ch. Soc, le 24 avril 2001 dans l'arrêt *Association « Etre enfant au Chesnay » c/ Terki* ; concl. S. Kehrig, *Droit Social*, 2001, pp. 583-591.

²⁹⁹ Pour un autre exemple, voir Cour EDH, du 27 juin 2000, *Cha'are Shalom Ve Tsdedek c/ France*, req. n° 27417/95) où le raisonnement du juge européen n'est pas très éloigné de celui du Conseil d'Etat.

Palais des droits de l'homme a d'abord consacré une sorte d'impossibilité d'éloigner ces étrangers³⁰⁰ avant de partiellement se raviser pour intégrer dans les critères de son contrôle – comme le préconisait le Conseil d'Etat³⁰¹ – la gravité des délits et crimes commis par eux³⁰².

Finalement, il semble bien qu'à travers la motivation que la Cour EDH choisit de développer – que celle-ci décide d'afficher clairement ses influences ou non – c'est un enrichissement mutuel du sens des dispositions conventionnelles qui s'exprime. En prenant en compte la jurisprudence administrative, la Cour

³⁰⁰ Cour EDH, 18 février 1991, *Moustaquim c/ Belgique*, 12313/86, série A n° 193 ; comm. P. Martens, *RTDH*, 1991, pp. 385 et s.

³⁰¹ Voir CE, 18 janvier 1991, *Beldjoudi*, (n° 99201, Leb. p. 18 ; note X. Pretot, *Gaz. Pal.*, 1991, p. 77). – Pour plus de développements sur l'influence de la Cour EDH dans cet arrêt, voir *infra* B. Pastre-Belda, Partie 2, Chapitre 1, Section 1, §2.

³⁰² Cour EDH, 29 janvier 1997, *Bouchelkia c/ France*, req. n° 23078/93, Rec. 1997-I ; note M. Levinet, *JCP G.*, 1997, II-22924. – Pour d'autres exemples mais concernant la Cour de cassation française, voir la jurisprudence relative à la construction de la notion de bien au sens de l'article 1P1 de la CEDH. En particulier CCASS, Ch. Soc., 14 janvier 1999, *Bozkurt* ; note F. Sudre, *JCP G.* 1999, II-10082, où la Cour se réfère aux textes conventionnels « *tels qu'interprétés par la Cour européenne des droits de l'homme* » et s'inspire par là même de de l'arrêt Cour EDH, *Gaygusuz c/ Autriche* de 1996 qui reconnaissait l'applicabilité de l'article 1P1 à une allocation d'urgence accordée à un chômeur en fin de droit. Voir aussi CE, Ass., 5 mars 1999, *Rouquette* ; concl. C. Maugue, *RFDA*, 1999, p. 357 qui étend pareillement la notion de bien à des prestations sociales non contributives, avant que la Cour EDH adopte la même position (Cour EDH, 30 septembre 2003, *Koua Poirrez c/ France*, req. n° 40892/98 ; obs. F. Sudre, *RDP*, 2004, p. 845. La Cour EDH se réfère expressément à l'arrêt de la CCASS, *Bozkurt*, dans sa partie « droit interne pertinent »). La jurisprudence nationale vient ici impulser un élargissement du champ d'application du droit de propriété. Elargissement qui, parce que repris par la Cour EDH, permet de dire qu'il y a là une construction commune du sens d'une notion conventionnelle.

témoigne de sa volonté d'œuvrer de façon solidaire avec les juges internes au développement, et même au perfectionnement, du respect des droits et libertés fondamentaux sur le territoire du Conseil de l'Europe³⁰³.

*

Si la lecture des décisions de justice des deux Cours européennes suggère l'existence d'une certaine unilatéralité dans les rapports que ces dernières entretiennent avec les juridictions nationales, la réalité est en définitive bien plus complexe. Comme nous avons tenté de le démontrer, il est en effet nécessaire d'aller au-delà des apparences – et en particulier de dépasser cette impression d'un alignement subi ou encore contraint – pour saisir le caractère véritablement fécond de la communication que juges européens et juge interne développent. A cet égard, force est de reconnaître que la volonté des juges de Strasbourg et de Luxembourg de conserver la maîtrise des échanges qu'ils nouent avec les juridictions nationales ne saurait remettre en cause la nécessité de ces derniers d'avoir égard au droit interne et de développer la coopération qu'ils doivent entretenir – selon des modalités différentes – avec elles, tout

³⁰³ Pour un exemple récent de ce dialogue des juges véritablement coopératif, voir l'arrêt Cour EDH, Gr. Ch., 15 décembre 2011, *Al-khawaja et Tahery c/ Royaume-Uni*, req. n° 26766/05 et 22228/06 où la Cour renverse partiellement le dispositif et la motivation adoptée par la Chambre pour prendre en compte la position anglaise. L'actuel président de la Cour EDH Nicolas Bratza dira, dans son opinion concordante, qu'il est notable que la Cour ait souhaité développer un véritable « *dialogue judiciaire (...) [avec] les juridictions nationales (...) sur l'application de la CEDH* ». Dans un autre article intitulé « *The relationship between the UK courts and Strasbourg* », il a également fait valoir that : « *I firmly believe that such dialogue can only serve to cement a relationship between the two courts* », in *European human rights Law Review*, 2011, pp. 505-512, p. 512.

comme la difficulté à identifier et mesurer l'influence des discours du juge administratif sur les jurisprudences européennes ne signifie qu'ils n'en aient aucune. Protéiforme selon qu'est en cause la pratique strasbourgeoise ou luxembourgeoise, la prise en considération des arrêts du Conseil d'Etat par la CJCE et la Cour EDH atteste en effet de leur attachement à la méthode comparative et, ce faisant, au processus dialogique. Ainsi, en même temps qu'il est impossible d'occulter les éléments qui nourrissent l'impression d'une certaine unilatéralité du dialogue des juges, il est important de ne pas négliger ceux qui vont précisément permettre de relativiser un tel sentiment et d'envisager la participation réciproque des juridictions internes et européennes à la formation d'un droit commun européen.

PARTIE II
LE FONCTIONNEMENT DU DIALOGUE DES
JUGES DANS LA PERSPECTIVE DE
L'EUROPEANISATION

Dans les rapports entre droits national et européens, « c'est sur [le juge] que repose la tâche de dégager les lignes directrices afin de faire prévaloir une cohérence juridique [...] dont les modalités n'ont pas été définies jusqu'à leur terme pratique parce que les systèmes en cause reposent sur des logiques institutionnelles et des traditions profondément différentes. A travers une coopération entre les juges, une certaine forme de cohérence émerge contribuant à forger un espace juridique partagé »³⁰⁴. Interlocuteur désigné des juridictions européennes, destinataire essentiel, quoique non exclusif, de leurs interprétations, le juge national occupe certainement une position stratégique dans le mouvement d'europeanisation, dont la réalité, avant que de tendre elle-même vers l'édification d'un droit commun³⁰⁵, se traduit d'abord par une adaptation des droits internes. L'objet propre de la recherche, appliquée au droit administratif français, conduit alors à examiner le

³⁰⁴ J. Dutheil de la Rochère, « Les voies de pénétration du droit européen dans le droit public français – Introduction », in J.-B. Auby (dir.), *L'influence du droit européen sur les catégories du droit public*, op. cit., pp. 15-17, spéc. p. 17

³⁰⁵ H. Oberdorff, « L'europeanisation du droit des Etats membres de l'Union européenne – Réflexions sur une énigme », *Mélanges Manin*, Pedone, 2010, pp. 711-726, spéc. p. 720 et s.

fonctionnement du dialogue, sous son seul versant descendant, en se centrant sur la manière dont le juge administratif entend les interprétations européennes et y répond.

A cet égard, les réflexions consacrées dans la Partie précédente à la dimension unilatérale du dialogue, ont certes été déjà l'occasion de pointer une attitude de ralliement plus ou moins commandée, qui, pour interroger la dimension réellement dialogique des rapports avec les juridictions européennes, en particulier la Cour de Strasbourg, irait en tous cas dans le sens de l'eupéanisation. Il reste toutefois à en sonder la véritable portée, pour déterminer si la posture du juge administratif peut s'y résumer et si la gamme de ses propres modes d'interprétation ne tend finalement qu'à élargir ou approfondir l'emprise des normes européennes sur le droit interne.

De prime abord, c'est sans doute le sentiment qui prévaut à l'analyse de la jurisprudence interne et de son évolution – tant le contentieux administratif s'est eupéanisé. Le Conseil d'Etat cependant ne saurait être réduit à l'image d'un « relayeur » discipliné et zélé, qui négligerait les ressources de son propre ordre juridique et les limites intrinsèques à l'intérêt prétendument « possessif » des droits européens pour sa matière³⁰⁶. Ainsi, la démonstration d'une réceptivité croissante aux jurisprudences européennes (Chapitre I) n'empêche pas le constat d'une autonomie persistante du juge administratif, qui s'exprime seulement différemment aujourd'hui (Chapitre II).

³⁰⁶ Qu'il s'agisse de la limite inhérente au champ d'application du droit de l'Union ou aux manifestations du principe de subsidiarité dans le système de la Convention.

CHAPITRE I

UNE RECEPTIVITE CROISSANTE AUX JURISPRUDENCES EUROPEENNES

La doctrine a déjà constaté à plusieurs reprises la réceptivité dont a fait preuve le juge administratif à l'égard des jurisprudences européennes et ce, en des termes très variés, manifestant ainsi les divers degrés que peut présenter cette réception des droits européens. Une « *banalisation de l'interprétation conforme* » a ainsi pu être évoquée par le Professeur Frédéric Sudre¹ - l'idée, ici, étant celle d'un alignement du juge administratif sur le standard européen dans le but de mettre en conformité le droit national aux exigences européennes. Une « *utilisation décomplexée de la Convention* »² a également pu être constatée. Si les droits européens et l'autorité de chose jugée attachée aux arrêts des juges européens constituent bien évidemment une contrainte pour le juge administratif, celui-ci devant, en tant que juge de droit commun, assurer le respect des prescriptions européennes telles qu'interprétées par leurs juges, il n'en demeure pas moins que les garanties européennes sont également considérées et utilisées comme un outil supplémentaire à la disposition du juge interne lui permettant d'élargir son contrôle et ainsi de s'émanciper du législateur. Dans cette perspective, il n'est pas inenvisageable

¹ F. Sudre, « A propos du 'dialogue des juges' et du contrôle de conventionnalité », in « Les dynamiques du droit européen en début de siècle », Etudes en l'honneur de J.-C. Gautron, Pédone, 2004, pp. 207-224, spéc. p.212.

² F. Sudre, « Le 'dialogue des juges' A l'euro-compatibilité », in « Le dialogue des juges », Mélanges en l'honneur du Président B. Genevois, Dalloz, 2009, pp. 1015-1031, spéc. p.1028.

que le juge administratif puisse même se livrer à une interprétation constructive des droits européens, allant au-delà des interprétations réalisées par la Cour EDH ou la CJUE. Tel est d'ailleurs le cas dans un certain nombre de contentieux³. Dans ces conditions, la réception du droit européen par le juge interne ne paraît pas constituer exclusivement un signe de soumission de ce dernier. Si l'idée d'abdication a pu être évoquée, de manière légitime, une autre conception émerge, celle selon laquelle le juge administratif serait réceptif aux jurisprudences européennes, non pas parce qu'il y serait obligé, mais de manière volontaire et convaincue (sinon par les motivations soutenant l'interprétation des juridictions européennes, du moins par la nécessité de cohérence).

En ce sens, il est d'abord permis de relever une amplification du réflexe européen, alors même que le juge administratif ne s'estime pas lié juridiquement par les interprétations réalisées par la Cour EDH⁴ et qu'il a pu également encadrer la portée des arrêts rendus par la CJUE sur renvoi préjudiciel⁵. Mais au-delà du simple constat objectif d'une réceptivité aux jurisprudences européennes, se perçoit une détermination de la part du juge administratif, qui assume

³ En ce sens, F. Sudre, « A propos du 'dialogue des juges' et du contrôle de conventionnalité », art. préc., spéc. pp. 218 et s.

⁴ En effet, en vertu de l'article 46 §1 de la CEDH, les arrêts de la Cour EDH sont revêtus d'une autorité relative de la chose jugée.

⁵ Le Conseil d'Etat, après avoir refusé pendant longtemps (CE, 26 juillet 1985, *ONIC*, n°42204, Rec. CE, p.233 ; *AJDA*, 1985, p.615, concl. B. Genevois, et p.536, chron. S. Hubac et J.-E. Schoettl ; *RTD eur.*, 1986, p.158, note J.-C. Masclet, et 1988, p.88, note D. Simon) de prendre en compte l'appréciation formulée par la CJCE en dehors des limites posées par le juge national, a opéré un revirement de jurisprudence dans son arrêt d'Assemblée du 11 décembre 2006, *De Groot En Slot Allium BV*, n°234560 (*RTD eur.*, 2007, p.473, note F. Dieu).

pleinement son rôle de juge de droit commun du droit européen. Il s'agit dès lors, plus que d'un état de fait, d'un véritable état d'esprit. En d'autres termes, la réceptivité est non seulement manifeste (Section 1), dans le sens où elle est indiscutable, mais aussi déterminée (Section 2).

SECTION I- UNE RECEPTIVITE MANIFESTE

Le temps de l'opposition est révolu. En effet, après de nombreuses réticences à l'égard des jurisprudences européennes, accompagnées de subterfuges destinés à les contourner, la posture du juge administratif change. Deux éléments traduisent l'évolution qui s'est ainsi opérée dans la jurisprudence interne. D'une part, un élément « négatif » : le recul du réflexe national, à travers notamment la perte de vitesse visible de l'interprétation dite « neutralisante » (§1). Et d'autre part, un élément « positif » : le souci prégnant du juge administratif de conformer le droit national aux exigences européennes (§2).

§ I - LE RECUK DU REFLEXE NATIONAL

Gabriela-Adriana RUSU

Les deux dernières décennies ont connu un alignement de la jurisprudence administrative sur les jurisprudences européennes. Que le phénomène soit le résultat d'un véritable dialogue⁶ entendu, dans un sens strict, comme « *un échange et une*

⁶ Pour une distinction entre l'autorité de la chose interprétée et le dialogue des juges voir J. Andriantsimbazovina, « L'autorité de la chose interprétée et le dialogue des juges » in *Le dialogue des juges. Mélanges en honneur du président Bruno Genevois*, Dalloz, Paris, 2009, pp. 11-28.

progression en commun vers une solution médiane »⁷, a pu être discuté et dans les rapports avec le droit de la Convention notamment, on y a plutôt décelé « *la soumission plus ou moins contrainte du juge national et notamment du Conseil d'Etat, à l'autorité de la jurisprudence européenne* »⁸.

Mais indépendamment de la qualification des rapports existants entre le juge supranational et le juge administratif (sur laquelle les conclusions du Chapitre précédent nous permettent de ne pas revenir), une chose est claire : ce dernier a commencé à utiliser de plus en plus la Convention européenne des droits de l'homme telle qu'interprétée par la Cour de Strasbourg et le droit de l'Union européenne, tel qu'interprété par la Cour de Luxembourg, délaissant l'interprétation neutralisante de ces sources (A), pour leur reconnaître une large applicabilité (B).

A – Une vision neutralisante des droits européens en retrait

Le juge administratif français est chargé tant de l'application de sa propre législation que de l'application de la Convention européenne des droits de l'homme et du droit de l'Union européenne. Il lui appartient ainsi d'interpréter et d'appliquer la norme supranationale. Dans une logique de subsidiarité, le Conseil d'Etat est juge de droit commun tant de la Convention que du droit de l'Union et il doit vérifier la conventionalité de sa propre législation, ayant « *la tendance*

⁷ Selon les termes du Professeur Patrick Wachsmann lors des débats de la Journée d'étude organisée le 10 février 2003 à l'Université de Metz. Voir F. Lichere, L. Potvin-Solis, A. Raynouard, *Le dialogue entre les juges européens : incantation ou réalité ?*, Bruylant, 2004, p. 111.

⁸ Selon les termes du Professeur Frédéric Sudre lors des débats de la Journée d'étude organisée le 10 février 2003 à l'Université de Metz. Voir F. Lichere, L. Potvin-Solis, A. Raynouard, *Le dialogue entre les juges européens : incantation ou réalité ?*, Bruylant, 2004, p. 109.

naturelle [...] de chercher à [la] légitimer »⁹. C'est la raison pour laquelle la Haute juridiction administrative a essayé, dans un premier temps, de défendre la législation nationale et son pouvoir d'interprétation, pour accepter ensuite progressivement l'interprétation de ses homologues de Strasbourg et Luxembourg. Il faut néanmoins préciser que l'interprétation neutralisante dont a fait preuve le juge administratif ne se traduit pas de la même manière en ce qui concerne le droit de l'Union et le droit de la Convention européenne des droits de l'homme.

En ce qui concerne la Convention européenne des droits de l'homme, le Conseil d'Etat bénéficie, selon les termes de son commissaire du gouvernement Labetoulle, d'« *un pouvoir autonome d'interprétation* »¹⁰. En usant, il a alors pu procéder à une « *application formelle de la Convention européenne des droits de l'homme* »¹¹ par le biais d'une interprétation neutralisante, définie comme « *une stratégie de contournement ou d'évitement, visant à 'neutraliser' l'interprétation européenne en créant, par une interprétation un peu 'forcée' du droit national, voire par une réécriture de la loi, un rapport d'adéquation entre le droit interne et la norme européenne* »¹². L'interprétation neutralisante apparaît comme la voie médiane entre l'opposition jurisprudentielle face aux développements de la Cour de Strasbourg et l'interprétation conforme, le Conseil d'Etat ne désirant ni se retrouver dans une position de

⁹ B. Genevois, Note sous l'arrêt *Nicolo*, *RFDA*, 1989, p. 832.

¹⁰ Conclusion sous CE, 27 octobre 1978, *Debout*.

¹¹ J. Dubois, « La neutralisation. Dialogue des juges et interprétation neutralisante », in *Cahiers de l'IDEDH, n°11 – Le Dialogue des juges*, 2007, Université Montpellier I – Faculté de droit, p. 73.

¹² F. Sudre, « A propos du 'dialogue des juges' et du contrôle de conventionalité », in *Mélanges Jean-Claude Gautron. Dynamique du droit européen en début du siècle*, Pedone, 2004, p. 210.

contradiction, ni invalider sa législation en raison de son caractère inconstitutionnel. Ce faisant, le juge administratif ouvre en quelque sorte le dialogue, en espérant que la Cour de Strasbourg sera convaincue par ses arguments.

Mais cet alignement d'apparence sur la jurisprudence européenne n'a pas nécessairement satisfait la Cour européenne, celle-ci n'hésitant pas à condamner une législation « validée » par le Conseil d'Etat. Le contentieux de la police des publications étrangères en apporte la démonstration. Sans reprendre les détails de la jurisprudence administrative dans ce domaine qui a fait l'objet de plusieurs études, il faut retenir que le contrôle juridictionnel a été progressivement élargi. Il est passé d'un contrôle limité, consistant à vérifier si les motifs invoqués étaient ou non conformes au champ d'application du texte¹³ à un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation¹⁴, pour arriver, enfin, sous l'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, à un contrôle dit normal¹⁵. Ainsi, dans l'arrêt *Association Ekin*, précité, le Conseil d'Etat a examiné l'article 14 de la loi du 1881, tel que modifiée par le Décret-loi du 6 mai 1939¹⁶ par rapport aux articles 10 et 14 de la

¹³ CE, 19 février 1958, *Société « Les éditions de la Terre de Feu »*, Lebon 114.

¹⁴ CE, Ass., 2 novembre 1973, *S.A. Librairie Maspero*, Lebon 611 ; *JCP G*, 1974, II, 17642, concl. Braibant, note R. Drago ; *D.*, 1974, 432, note Pellet ; *Gazette du Palais*, 1974, 100, note Pacteau ; *AJ*, 1973, 577, chron. Franc et Boyon ; 17 avril 1985, *Ministre de l'intérieur et de la décentralisation / Société « Les éditions des Archers »*, Lebon 100 ; *RDP*, 1985, 1363, concl. Stim ; *AJDA*, 1985, 508, obs. Richer.

¹⁵ CE, Sect., 9 juillet 1997, *Association Ekin*, Lebon 300 ; *RFDA*, 1997, 1284, concl. Denis-Linton, note Pacteau ; *AJDA*, 1998, 539, notes Wachsmann et Rabieler ; *LPA*, 14 novembre 1997, note Tanion ; *RUDH*, 1997, 169, chron. Rouget.

¹⁶ Bien que ce régime ait déjà été présenté en Partie I (cf. supra, p. 25), on rappellera pour mémoire que la disposition litigieuse accordait au ministre de

Convention. A la différence de son commissaire du gouvernement qui avait conclu à l'inconventionnalité de la disposition litigieuse suite à un examen similaire à celui utilisé par la Cour de Strasbourg¹⁷, le Conseil d'Etat a affirmé la conventionnalité de l'article 14 de la loi de 1881. Le juge administratif est arrivé à ce constat en remplaçant le contrôle restreint exercé dans le domaine des publications étrangères par un contrôle normal impliquant un contrôle de proportionnalité. Le pouvoir du ministre, contraire en soi aux dispositions de la Convention, a été « validé » par le fait qu' « *il appartient au juge administratif [...] de rechercher si la publication interdite est de nature à causer [aux intérêts généraux] un dommage justifiant l'atteinte portée aux libertés publiques* ». La « neutralisation » de la disposition litigieuse par l'élargissement du contrôle a permis au Conseil d'Etat de « *préserver artificiellement le droit national* »¹⁸, mais cette solution n'a pas satisfait la Cour de Strasbourg qui, à l'instar du commissaire Denis-Linton, a considéré que l'ingérence n'était pas nécessaire dans une société démocratique car elle donnait au ministre compétence pour interdire « *de manière générale et absolue sur l'ensemble du territoire français, la circulation, la distribution ou la mise en vente* » des publications étrangères [souligné par

l'Intérieur le pouvoir d'interdire la circulation, la distribution et la mise en vente des journaux et des écrits rédigés en langue étrangère ou même en langue française de provenance étrangère.

¹⁷ Le commissaire du gouvernement Denis-Linton a considéré que l'ingérence dans la liberté d'expression était prévue par la loi, qu'elle répondait à un but légitime (l'ordre public), mais qu'elle n'était pas nécessaire dans une société démocratique car disproportionnée.

¹⁸ J. Dubois, « La neutralisation. Dialogue des juges et interprétation neutralisante », in *Cahiers de l'IDEDH, n°11 – Le Dialogue des juges*, 2007, Université Montpellier I – Faculté de droit, p. 75.

nous]¹⁹. En raison de la condamnation de la France par la Cour européenne, le Conseil d'Etat a mis fin à cette interprétation neutralisante et erronée de l'article 14 de la loi de 1881 dans l'arrêt *GISTI* de 2003²⁰, confirmant un arrêt de la Cour administrative d'appel de Paris²¹. En utilisant les mêmes termes²² et la même démarche²³ que la Cour de Strasbourg et en soulignant que, « *malgré l'étendue du contrôle juridictionnel* » le pouvoir d'interdiction du ministre portait une atteinte disproportionnée aux buts en vue desquels des restrictions peuvent être définies, la haute juridiction administrative a

¹⁹ Cour EDH, 17 juillet 2001, *Association Ekin / France*, Recueil 2001-VIII, § 60 ; *RTDH*, 2002, 685, note De Fontbressin ; *AJDA*, 2002, 52, note Julien-Laferrière ; *LPA*, 22 février 2002, note Pech. La Cour a noté aussi que la législation française ne précisait pas les conditions dans lesquelles l'interdiction s'appliquait, ni les motifs pour lesquels une publication considérée comme étrangère aurait pu être interdite. D'ailleurs, tout en saluant l'élargissement du contrôle juridictionnel opéré par le Conseil d'Etat en l'espèce, le juge européen considère, au vu du fait que l'information est un « *bien périssable* », que le contrôle ne permet pas d'éviter les abus car il n'intervient qu'*a posteriori* et n'a pas de caractère automatique ni d'effet suspensif.

²⁰ CE, 7 février 2003, *Groupe d'information et de soutien des immigrés*, Lebon 30 ; *AJDA*, 2003, 996, note Julien-Laferrière ; *RFDA*, 2003, 972, note Fitte-Duval et Rabiller ; *RDP*, 2003, 901, note Mouzet.

²¹ CAA Paris, 22 janvier 2002, *Reynouard*, n° 98PA04225 ; *Dr. Adm.*, mai 2002, 22, note Tchen.

²² Le Conseil d'Etat a noté que « *les dispositions du décret du 6 mai 1939 donnent au ministre de l'intérieur compétence pour interdire, de manière générale et absolue, sur l'ensemble du territoire et sans limitation dans le temps, la circulation, la distribution ou la mise en vente de toute publication rédigée en langue étrangère ou considérée comme de provenance étrangère, sans que lesdites dispositions n'indiquent les motifs pour lesquels une telle interdiction peut être prononcée* » [souligné par nous].

²³ A l'instar de la Cour européenne des droits de l'homme, le Conseil d'Etat a appliqué uniquement l'article 10 de la Convention, l'article 14 ayant un rôle subsidiaire.

remplacé l'interprétation neutralisante par une interprétation conforme provoquée²⁴ et a conclu que la disposition litigieuse méconnaissait l'article 10 de la Convention.

Il est vrai que l'abandon d'une interprétation neutralisante sur un point donné ne fait pas nécessairement suite à une intervention du juge européen des droits de l'homme. En témoigne le contentieux de la cristallisation des pensions dans le domaine de la fonction publique. On rappellera que dans l'avis *Ka* et l'arrêt *GISTI*²⁵, le Conseil d'Etat s'était fondé sur la marge nationale d'appréciation laissée aux Etats parties pour juger compatible avec les articles 14 et 1 Protocole I un dispositif dont la conventionnalité pouvait pourtant rester douteuse. Et de fait, dans l'arrêt *M'Rida*²⁶ la haute juridiction administrative n'a pas hésité à renverser cette solution. Pour autant, le revirement, s'il a le mérite de prévenir le risque d'un engagement de la responsabilité de la France devant le Cour de Strasbourg, semble avoir surtout été favorisé par la décision du Conseil constitutionnel qui a censuré la législation litigieuse pour attente au principe *constitutionnel* d'égalité²⁷.

Toutefois, qu'il s'agisse de la fin de l'interprétation neutralisante suite au poids de la jurisprudence européenne ou constitutionnelle, ces deux exemples confirment l'opinion exprimée dans la doctrine selon laquelle « *les stratégies de contournement n'ont plus guère cours et l'interprétation neutralisante des normes internes qu'a pu pratiquer le Conseil*

²⁴ Voir *infra*, p. 217.

²⁵ CE, 18 juillet 2006, Lebon 349 et respectivement 353 ; *RFDA*, 2006, 1201, concl. Vallée ; *AJDA*, 2006, 1853, chron. Landais et Lenica.

²⁶ CE, Ass., 13 mai 2011, *M'Rida (Mme)*, n° 316734, à publier au Lebon ; *AJDA*, 2011, 988 ; *D*, 2011, 1422 ; *RFDA*, 2011, 789, concl. Geffray ; *AJDA*, 2011, 1136, chron. X. Domino et A. Bretonneau.

²⁷ Il s'agit de la décision 2010-1 QPC du 28 mai 2010. Pour plus de détails voir F. Dupret, Partie I, Chap.1, spéc. p. 70 et s.

d'Etat afin de les rendre conciliables avec la norme conventionnelle ayant montré ses limites, elle paraît devoir être désormais cantonnée au seul domaine des servitudes »²⁸.

Pour ce qui est du droit de l'Union européenne, une interprétation neutralisante devrait être exclue, le juge national ayant l'obligation de se conformer aux arrêts rendus par la Cour de justice²⁹ ou, en cas de problème d'interprétation, de poser une question préjudicielle au juge de Luxembourg³⁰. Et à cet égard, la situation se distingue de celle rencontrée en ce qui concerne la Convention européenne des droits de l'homme. Néanmoins, c'est dans la pratique même du renvoi préjudiciel par le juge administratif que des résistances ont pu se manifester, avant d'être progressivement abandonnées. Dans un premier temps, le Conseil d'Etat avait par exemple considéré qu'un arrêt rendu par la Cour de justice dans le cadre d'un renvoi préjudiciel ne s'imposait au juge national que « *dans les limites de la question* » posée³¹. Cette position reposait « *sur une interprétation restrictive de la compétence préjudicielle*

²⁸ F. Sudre, « Du « dialogue des juges » à l'euro-compatibilité », in *Le dialogue des juges. Mélanges en honneur du président Bruno Genevois*, Dalloz, Paris, 2009, p. 1016.

²⁹ Pour l'autorité des arrêts rendus sur renvoi préjudiciel voir CJCE, 27 mars 1963, *Da Costa*, aff. jtes. 28 à 30/62, Recueil 61; *D.*, 1963, 641, note J. Robert.

³⁰ Pour l'obligation de renvoi du juge national, qui n'a pas la compétence de déclarer invalides les actes du droit dérivé, voir CJCE, 22 octobre 1987, *Foto-Frost*, aff. 314/85, Recueil 4199; *JDI*, 1988, 496, chron. D. Simon, V. Constantinesco; *JCP Entreprise*, 1988, II, 15193, note G. Bebr et G. Vignal.

³¹ CE, 26 juillet 1985, *Office National Interprofessionnel des Céréales (ONIC)*, Lebon 233; *AJDA*, 1985, 536 et 615, concl. Genevois. Cette jurisprudence venait en réponse à la pratique de la Cour de justice des Communautés européennes qui considérait qu'elle pouvait compléter ou reformuler les questions posées par les juridictions nationales.

conférée par l'article 234 du Traité à la Cour de justice »³². Puis la haute juridiction administrative opère un revirement avec l'arrêt *Société De Groot*³³ et affirme qu' « *alors même qu'elle ne faisait pas l'objet du renvoi préjudiciel, cette interprétation [...], que la Cour était compétente de donner en vertu du a) et du b) de l'article 234 du Traité CE, s'impose au Conseil d'Etat* ». Le Conseil d'Etat accepte ainsi que le juge national soit lié même par l'interprétation donnée par la Cour de justice dans l'hypothèse où cette dernière a dépassé les limites de la question posée « *en conférant une autorité absolue, erga omnes, à tout ce que la CJCE dit pour droit* »³⁴.

Pourrait être évoqué aussi l'usage parfois abusif de la théorie de l'acte clair, dont certains se sont demandé si elle ne connaissait pas une nouvelle actualité au vu de l'arrêt *Hospices civils de Lyon et CHU de Besançon*³⁵. Relatif à la responsabilité du service public hospitalier à raison du prélèvement et de la greffe d'un organe contaminé par l'hépatite C, le litige, en effet, n'était pas sans poser question par rapport au champ d'application de la Directive 85/374/CEE du Conseil du 25 juillet 1985 en vigueur à la date du transplant (mais pas encore transposée par la France), qui institue un régime de responsabilité sans faute du producteur, et à titre subsidiaire du fournisseur, d'un produit défectueux mis en circulation. Un greffon devrait-il être qualifié de « produit », l'hôpital ayant

³² F. Dieu, « Le Conseil d'Etat face à l'autorité des interprétations données par la CJCE dans le cadre d'un renvoi préjudiciel », *RTDE*, 2007, p. 476.

³³ CE, Ass., 11 décembre 2006, *Société De Groot En Slot Allium BV*, n° 234560 ; *RFDA*, 2008, 755, concl. F. Séners ; *AJDA*, 2007, 136, chron. C. Landais et F. Lenica.

³⁴ F. Dieu, « Le Conseil d'Etat face à l'autorité des interprétations données par la CJCE dans le cadre d'un renvoi préjudiciel », *RTDE*, 2007, p. 480.

³⁵ CE, 27 janvier 2010, *Hospices civiles de Lyon et CHU de Besançon*, n° 313568, *AJDA*, 2010, 180, obs. C. Vinet ; *AJDA*, 2010, 1485 ; *JCP A*, 2010, 2189, note N. Albert ; *RDSS*, 2010, 501, comm. J. Peigné

effectué le prélèvement de « producteur », l'acte de transplantation de « mise en circulation » ? Alors « *même que l'interprétation de la directive du 25 juillet 1985 pouvait [donc] à tout le moins prêter à quelques hésitations* »³⁶, le Conseil d'Etat se dispense cependant d'interroger la Cour de justice, exclut implicitement l'applicabilité du texte communautaire³⁷ et juge que n'est pas en cause en l'occurrence un « produit de santé », pour écarter sa propre jurisprudence *Marzouk*³⁸ sur laquelle s'était fondée la CAA de Lyon. Justifiée par cette occasion manquée, l'hypothèse d'une éventuelle « résurgence de la théorie de l'acte clair »³⁹ se voit cependant relativisée par l'attitude ultérieure du Conseil d'Etat qui, dans le même contexte de la responsabilité hospitalière, n'a pas hésité, le 4 octobre 2010, à poser une question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne sur l'interprétation de la Directive 85/374/CEE – donnant alors au juge de l'Union l'occasion de répondre par un arrêt de Grande Chambre le 21 décembre 2011⁴⁰. Il est important de souligner que si dans un premier temps, le Conseil d'Etat a privilégié sa propre interprétation en évitant la question d'une possible contradiction avec le droit de

³⁶ N. Albert, « Les organes contaminés ne peuvent être assimilés à des 'produits défectueux' », *JCP A*, 2010, 2189.

³⁷ Sur ce cantonnement, v. infra, L. Milano, Partie II, chap. 2, spéc. p. 305 et s.

³⁸ CE, 9 juillet 2003, *AP-HP / Marzouk*, Lebon 338 ; *AJDA*, 2003, 1946, note M. Deguergue –jurisprudence selon laquelle « *le service public hospitalier est responsable, même en absence de faute de sa part, des conséquences dommageables pour les usagers de la défaillance des produits de santé* ».

³⁹ A. Bouveresse, « *Jurisprudence administrative française intéressant le droit de l'Union* », *RTDE*, 2010, p. 978 ; Voir aussi N. Albert, « Les organes contaminés ne peuvent être assimilés à des 'produits défectueux' », *préc.*.

⁴⁰ CJUE, GC, 21 décembre 2011, *Centre hospitalier universitaire de Besançon / Dutruex*, aff. C-495/10 ; *JCP A*, 2012, 2078, note H. Oberdorff ; *Europe*, 2012, comm. 100, note M. Larché.

l'Union, il est finalement allé vers un véritable dialogue avec le juge supranational qui a permis « *de respecter l'approche jurisprudentielle du Conseil* »⁴¹.

Quoique de manière différente dans les rapports avec le droit de la Convention et le droit de l'Union, les tactiques de neutralisation marquent donc un retrait global. Mais le recul du réflexe national est aussi la conséquence de l'augmentation des contentieux entrant dans le champ d'application de la Convention européenne des droits de l'homme ou du droit de l'Union européenne.

B – Une invocabilité des normes européennes en expansion

Les normes européennes, qu'il s'agisse de la Convention européenne des droits de l'homme ou du droit adopté par les institutions de l'Union européenne, sont de plus en plus invoquées par les requérants devant le juge administratif. Dans un premier temps, le Conseil d'Etat a refusé d'utiliser ces normes afin de fonder ses décisions sur le droit national ou de souligner le caractère spécifique de certaines procédures. Aujourd'hui, il accepte de plus en plus de se référer au droit européen.

Dans les relations avec le droit communautaire, l'évolution s'est traduite en termes d'invocabilité des directives. Ainsi, dans l'arrêt d'Assemblée *Mme Perreux*⁴², le Conseil d'Etat a

⁴¹ H. Oberdorff, Note sous CJUE, *Centre hospitalier universitaire de Besançon / Dutreux*, *JCP A*, 2012, 2078, p. 34.

⁴² CE, Ass., 30 octobre 2009, *Mme Perreux*, Lebon 407, concl. M. Guyomar ; *RFDA*, 2009, 1125, concl. Guyomar, note Cassia ; *RFDA*, 2010, 126, note Canedo-Paris et 201, chron. Santulli ; *AJDA*, 2009, 2385, chron. Liéber et Botteghi ; *Europe*, décembre 2009, repère n° 11, D. Simon ; *Europe*, mars 2010, 10, chron. Kaleflèche ; *JCP G*, 2009, 542, note S. et V. Corneloup ;

considéré, en invoquant l'obligation constitutionnelle de transpositions des directives⁴³, qu'« *il appartient au juge national, juge de droit commun de l'application de droit communautaire, de garantir l'effectivité des droits que toute personne tient de cette obligation* » ; par conséquent, « *tout justiciable peut se prévaloir, à l'appui d'un recours dirigé contre un acte administratif non réglementaire, des dispositions précises et inconditionnelles d'une directive, lorsque l'Etat n'a pas pris, dans les délais impartis par celle-ci, les mesures de transpositions nécessaires* ». Il faut néanmoins préciser, comme l'a souligné le rapporteur public Guyomar, en reprenant les termes de la doctrine⁴⁴, qu'après l'arrêt *Cohn-Bendit*⁴⁵ qui

JCP Adm., 2009, 551, chron. Plessix ; *DA*, 2009, étude n° 21, M. Gautier ; *JCP Adm.*, 2010, 2036, note O. Dubos et D. Katz ; *Europe*, janvier 2010, 5, étude R. Kovar ; *D.*, 2010, 351, note Chrestia ; *D.*, 2010, 553, note G. Calvès ; *L'Observateur de Bruxelles*, janvier 2010, 26, comm. J. Biancarelli ; *RGDIP*, 2010, 232, note L. Azoulai ; *RTDE*, 2010, 223, note Ritleng ; *AJDA*, 2010, 1412, étude L. Coutron.

⁴³ Le Conseil d'Etat se fonde sur l'article 88-1 de la Constitution qui prévoit « *La République participe aux Communautés européennes et à l'Union européenne, constituées d'Etats qui ont choisi librement, en vertu des traités qui les ont instituées, d'exercer en commun certaines de leurs compétences* ». D'ailleurs le Conseil constitutionnel avait affirmé que la transposition d'une directive « *résulte d'une exigence constitutionnelle* ». Voir les décisions n° 2004-496 DC du 10 juin 2004 et 2006-540 DC du 27 juillet 2006.

⁴⁴ Voir D. Simon, *Le système juridique communautaire*, PUF, Paris, 2001, pp. 438 et s.

⁴⁵ CE, Ass., 22 décembre 1978, *Ministre de l'intérieur / Cohn-Bendit*, Lebon. 524 ; *D.*, 1979, 155, concl. Genevois, note Pacteau ; *D.*, 1979, 89, obs. P. Delvolvé ; *AJDA*, 1979, 27, chron. O. Dutheillet de Lamothe et Robineau ; *JCP G*, 1979, II, 19158, note R. Kovar ; *Gaz. Pal.*, 1979, 1, jur. 212, note Ruzié ; *RA*, 1979, 630, note Vicent ; *JDI*, 1979, 589, note Goldman ; *RGDIP*, 1979, 832, note Vallée ; *Rev. Crit. DIP*, 1979, 647, note Antoine Lyon-Caen ; *RTDE*, 1979, 169, concl. Genevois, note Dubouis ; *CDE*, 1979, 265, note Isaac ; *RMC*, 1979, 104, note Boulouis ; *CMLR*, 1979, 701, note Kapteyn ;

refusait l'effet direct des directives, la haute juridiction administrative avait accepté pour les directives européennes une invocabilité d'interprétation conforme⁴⁶, une invocabilité de prévention⁴⁷, une invocabilité de réparation⁴⁸, une invocabilité de contrôle⁴⁹ et une invocabilité d'exclusion⁵⁰. Mais avec l'arrêt *Perreux* le juge national se reconnaît la faculté d'appliquer directement à une situation individuelle les dispositions des directives de l'Union sous une double condition : que la directive ne soit pas transposée et qu'il s'agisse de dispositions inconditionnelles et suffisamment précises⁵¹. Il s'agit ainsi de

Revue belge de droit international, 1980, 126, note A. Barav ; *Law Quarterly Review*, 1979, 376, note Simon et Douvrick.

⁴⁶ CE, 22 décembre 1989, *Ministre du Budget / Cercle militaire mixte de la Caserne Mortier*, Lebon 260 ; 8 décembre 2000, *Commune de Breil-sur-Roya*, Lebon 581.

⁴⁷ CE, 10 janvier 2001, *France Nature Environnement*, Lebon 9 ; 29 octobre 2004, *Sueur et autres*, Lebon 393.

⁴⁸ CE, Ass., 28 février 1992, *Société Arizona Tobacco Products et SA Philips Morris France*, Lebon 78 ; *Gaz. Pal.*, 20-22 déc. 1992, *AJDA*, 1992, 210, concl. Laroque ; *AJDA*, 1992, 329, chron. Maugüe et Schwartz ; *RFDA*, 1992, 1992, 425, note Dubouis ; *RDP*, 1992, 1480, note Fines ; *Europe*, avril 1992, note D. Simon ; *D.*, 1992, 208, chron. Kovar ; *CJEG*, 1992, 525, note Sabourin ; *JCP G*, 1992, II, 21859, note Teboul ; *D.*, 1993, 141, obs. Bon et Terneyre, *Gaz. Pal.*, 21 juillet 1993, note Clergerie.

⁴⁹ CE, Ass., 3 février 1989, *Compagnie Alitalia*, Lebon 4 ; *RFDA*, 1989, 391, concl. Chahid-Nourai, notes Beaud et Dubouis ; *AJDA*, 1989, 387, note Fouquet ; *RTDE*, 1989, 509, note Vergès.

⁵⁰ CE, Ass., 6 février 1998, *Tête*, Lebon 30 ; *AJDA*, 1998, 403, chron. Raynaud et Fombeur ; *RFDA*, 1998, 407, concl. Savoie ; *CJEG*, 1998, 283, concl. Savoie, note Subra et Bieusses ; *JCP G*, 1998, II, 1223, note Cassia.

⁵¹ C'est la reprise des exigences formulées par la Cour de justice des Communautés européennes sur le terrain de l'effet direct des directives. Voir, dans ce sens, CJCE, 4 décembre 1974, *Yvonne Van Duyn / Home Office*, aff. 41/74, Recueil 1337 ; *European Law Review*, 1975, 51, note D. Wyatt ; *European Law Review*, 1975, 64, note D. Wyatt ; *Journal des tribunaux*, 1975, 154, note R. Goffin ; *RTDE*, 1976, 141, note G. Caen-Lyon ; 5 avril

l'acceptation d'une invocabilité de substitution, qui assure aux directives une « *justiciabilité renforcée* »⁵² et étend d'autant l'emprise du droit de l'Union dans l'ordre juridique interne⁵³.

Celle de la Convention européenne des droits de l'homme, pour sa part, s'est en quelque sorte élargie matériellement, article par article – avec des motifs d'applicabilité souvent précisés dans la jurisprudence administrative pour les dispositions conventionnelles qui sont commandées par des *notions autonomes*⁵⁴ (1) et une application sans autre forme de procès pour les autres(2).

1 - Une applicabilité soutenue par la réception de notions autonomes

Le Conseil d'Etat a étendu le champ d'application des dispositions matérielles et procédurales de la Convention européenne des droits de l'homme en acceptant les notions autonomes conditionnant leur applicabilité. Les exemples les

1979, *Ministère public / Tullio Ratti*, aff. 148/78, Recueil 1629 ; *European Law Review*, 1979, 268, note J.A. Usher ; *European Law Review*, 1980, 142, note G. Morse ; *JDI*, 1981, 179, note Constantinesco. Et le rapprochement se mesure d'autant mieux à la manière dont le Conseil d'Etat s'assure des deux conditions. Voir, par exemple, CE, 17 mars 2010, *Alsace Nature et autres*, n° 314114 ; 21 mars 2011, *M. Jin et M. Thiero* (avis), n° 345978 et 346612 ; *AJDA*, 2011, 588.

⁵² D. Simon, *Le système juridique communautaire*, PUF, Paris, 2001, p. 445.

⁵³ Pour plus de développements, v. infra L. Fermaud, Partie III, chap. 2, spéc. 485 et s.

⁵⁴ Le Professeur Frédéric Sudre définit les notions autonomes comme « *une notion conventionnelle dotée par le juge européen d'une définition de nature matérielle, différente de celle retenue par le droit interne de l'Etat défendeur, afin de réaliser l'applicabilité d'un droit qui participe du principe de la prééminence du droit* ». F. Sudre, « Le recours aux 'notions autonomes' », in F. Sudre (dir.), *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 1998, p. 117.

plus significatifs sont ceux concernant le droit à un procès équitable et le droit de propriété.

Le champ d'application du droit à un procès équitable a connu un réel élargissement en droit administratif français⁵⁵ au titre de la *matière pénale* ou de la *matière civile*⁵⁶. Le problème se pose par rapport à des autorités de nature différente : « *institutions administratives (Autorités Administratives Indépendantes, autorités pénitentiaires), juridictions singularisées par la spécificité du contentieux dont elles ont à traiter et éventuellement par un dédoublement fonctionnel (ordres professionnels, instances disciplinaires de la Fonction publique en matière d'enseignement, Commission bancaire) ou par une origine administrative (Commission centrale d'aide sociale, TCI et CNITAT)* »⁵⁷.

Plus particulièrement, le juge administratif a fini par accepter l'applicabilité des garanties du droit à un procès équitable au contentieux disciplinaire, qu'il s'agisse des procédures « ordinaires » ou des procédures intéressant des agents de la fonction publique ou des usagers du service public. Après avoir affirmé dans un premier temps et contrairement à la

⁵⁵ Voir, sur ce sujet, *Les garanties du procès équitable hors les juridictions ordinaires*, Cahiers de l'IDEDH, n° 8, Université de Montpellier I, 2001, 357 p.

⁵⁶ Pour le champ d'application de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme voir F. Sudre, J.-P. Marguénaud, J. Andriantsimbazovina, A. Gouttenoire, M. Levinet, avec la collaboration de G. Gonzalez, *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, PUF, Paris, 2011, 6^{ème} éd., pp. 235-292 et L. Milano, *Le droit à un tribunal au sens de la CEDH*, Nouvelle bibliothèque de thèses, Dalloz, Paris, 2006, pp. 148-182.

⁵⁷ F. Sudre et C. Picheral (dir.), *La diffusion du modèle européen du procès équitable*, IDEDH, La Documentation française, 2003, p. 242.

jurisprudence européenne⁵⁸ que les procédures devant les juridictions disciplinaires ne relevaient ni de la matière pénale ni de la matière civile⁵⁹, le Conseil d'Etat a accepté dans l'arrêt *Maubleu*⁶⁰ d'analyser les procédures se déroulant devant le Conseil de l'ordre des avocats par rapport aux exigences procédurales de l'article 6 de la Convention⁶¹ suite aux condamnations à Strasbourg⁶². Dans un premier temps, le juge administratif a admis d'une manière implicite l'applicabilité de l'article 6, sans faire aucune précision dans ce sens. L'applicabilité de l'article 6 aux procédures disciplinaires

⁵⁸ Cour EDH, plénière, 28 juin 1978, *König / RFA*, série A, n° 27 ; *CDE*, 1979, 474, chron. G. Cohen-Jonathan ; *JDI*, 1980, 460, obs. P. Rolland ; *GACEDH*, 41 ; plénière, 23 juin 1981, *Le Compte, Van Leuven et De Meyere / Belgique*, série A, n° 43 ; *CDE*, 1982, 201, obs. G. Cohen-Jonathan ; *RDSS*, 1982, 65, note L. Dubouis ; *Gazette du Palais*, 19 juin 1982, 388, étude J.-F. Flauss ; *AFDI*, 1982, 495, chron. R. Pelloux ; *JDI*, 1982, 216, obs. P. Rolland ; *GACEDH*, 235.

⁵⁹ CE, 27 octobre 1978, *Debout*, Lebon 395 (Conseil national de l'ordre des médecins) ; *RDSS*, 1979, 59, note L. Dubouis et 210, note Auby ; *JCP*, 1979, II, 19259, note Schultz ; Ass., 11 juillet 1984, *Subrini*, Lebon 259 (Conseil national de l'ordre des médecins) ; *D.*, 1985, 150, concl. Contr. Genevois ; *AJDA*, 1984, 534, chron. Schoettl et Hubac ; *RA*, 1984, 482, note Pacteau ; *RDSS*, 1985, 25, note L. Dubouis ; 30 mars 1990, *Bottazzi*, Lebon 86 (juridictions disciplinaires de l'ordre des experts comptables et comptables agréés) ; *RFDA*, 1991, 109, chron. V. Berger, H. Labayle et F. Sudre.

⁶⁰ CE, Ass., 14 février 1996, *Maubleu*, Lebon 34 ; *RFDA*, 1996, 1186, concl. Sanson ; *AJDA*, 1996, 358, chron. Stahl et Chauvaux ; *RTDH*, 1998, 365, note Andriantsimbazovina ; *JCP*, 1996, II, 22669, note Lascombe et Vion.

⁶¹ Il faut néanmoins préciser que par la suite le Conseil d'Etat a fait preuve d'une interprétation neutralisante de l'article 192 du décret du 27 novembre 1991 organisant la procédure disciplinaire devant l'ordre des avocats. Même si le principe était l'absence de publicité des débats et l'exception la publicité, le juge administratif a considéré que l'article 6 §1 de la Convention était respecté car l'avocat avait la possibilité de demander la publicité des débats.

⁶² Cour EDH, 26 septembre 1995, *Diennet / France*, série A, n° 325-A.

apparaît clairement dans l'arrêt *L'Hermitte*⁶³ où le juge administratif a affirmé que les sanctions pouvant être prononcées par les instances disciplinaires des médecins « *sont susceptibles de porter atteinte à l'exercice du droit d'exercer la profession de médecin, lequel revêt le caractère d'un droit civil au sens des stipulations précitées de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales* » [souligné par nous] et que, par conséquent « *les stipulations de l'article 6 1 précitées s'appliquent à la procédure suivie* ». Cette solution a été reprise en ce qui concerne les instances disciplinaires des chirurgiens dentistes⁶⁴, des pharmaciens⁶⁵, des conseils en propriété industrielle⁶⁶, des géomètres-experts⁶⁷, mais aussi s'agissant des sanctions disciplinaires prononcées par le Conseil supérieur de l'éducation⁶⁸ ou par le Conseil national de l'enseignement supérieur et de la recherche à l'encontre d'un étudiant⁶⁹. Plus récemment, l'article 6 a été considéré applicable dans le contentieux disciplinaire des magistrats devant le Conseil supérieur de la magistrature afin de tenir compte de la jurisprudence européenne en matière de fonction publique⁷⁰.

⁶³ CE, 30 décembre 1996, *L'Hermitte*, n° 141853, mentionné aux Tables Lebon.

⁶⁴ CE, 26 juillet 1996, *Pandit*, Lebon 303.

⁶⁵ CE, 2 avril 1997, *M. Mellik*, n° 157086 ; 23 janvier 1998, *Doutres*, n° 175820.

⁶⁶ CE, 17 mai 1999, *Chereau*, Lebon 153 ; *D.*, 1999, 157 ; *RFDA*, 2000, 1070, chron. L. Sermet.

⁶⁷ CE, 28 juillet 1999, *Le Goff*, Lebon 275 ; *D.*, 1999, 235.

⁶⁸ CE, 10 janvier 2000, *Massard*, n° 190041.

⁶⁹ CE, 19 janvier 2000, *Mlle Pawlowski*, n° 187353 ; 3 novembre 1999, *Zurmely*, n° 203748 ; *RFDA*, 2000, 1079, concl. Roul ; 7 juin 2000, *Zurmely*, n° 206362.

⁷⁰ CE, 12 décembre 2007, *Siband* (décision judiciaire), n° 293301, mentionnée aux Tables Lebon ; *LPA*, 29 avril 2008, 86, concl. Guyomar ;

Une démarche similaire a été suivie par le Conseil d'Etat en ce qui concerne la gestion de fait. Après avoir refusé de considérer l'article 6 comme applicable⁷¹, la haute juridiction administrative a affirmé que « *le juge des comptes, lorsqu'il prononce la gestion de fait puis fixe la ligne de compte de cette gestion de fait et met le comptable en débet, tranche, à chaque étape de cette procédure, des contestations portant sur des droits et obligations de caractère civil* » ce qui implique que les dispositions de l'article 6 sont « *applicables à l'ensemble de la procédure* »⁷². L'importance de cet arrêt tient au fait que le juge administratif renonce à utiliser les principes internes (principes généraux du droit) pour une source plus claire : l'article 6 de la Convention. Selon les termes de la doctrine, il « *remplace des*

AJDA, 2008, 932, note E. Tsalpatouros. Il faut souligner que le Conseil d'Etat, tenant compte de la jurisprudence *Pellegrin*, avait refusé l'applicabilité de l'article 6 aux magistrats. Voir CE, 18 octobre 2000, *Terrail*, Lebon 430 ; *AJDA*, 2001, 288, note M.-C. Rouault. C'est suite à l'arrêt *Vilho Eskelinen* de la Cour européenne des droits de l'homme que le juge administratif a changé sa jurisprudence. Voir *infra*.

⁷¹ CE, 6 janvier 1995, *Nucci*, Lebon 6 ; *AJDA*, 1995, 116, chron. L. Touvet et J.-H. Stahl, *JCP G*, 1996, II, 22592, note M. Degoffe.

⁷² CE, 30 décembre 2003, *Beausoleil et Mme Richard*, Lebon 531 ; *BJCL*, 2004, 265, concl. Guyomar, note Vachia ; *RFDA*, 2004, 365, concl. Guyomar, note Coutant ; *AJDA*, 2004, 1301, note Rolin ; 20 avril 2005, *Karsenty, Fondation d'Aguesseau*, Lebon 151 ; *AJDA*, 2005, 1732, note M. Lascombe et X. Vandendriessche. Le revirement *Beausoleil et Mme Richard* est la conséquence de la jurisprudence européenne. Voir Cour EDH, 7 octobre 2003, *Mme Richard-Dubarry / France* (déc.), Recueil 2003-XI ; *RFDA*, 2004, 378, note A. Potteau ; *RDP*, 2005, 776, note H. Surrel. Il faut néanmoins souligner que l'article 6 était applicable au titre de la matière pénale à la phrase de la procédure qui aboutissait au prononcé d'une amende à l'encontre du gestionnaire du fait (CE, 16 novembre 1998, *SARL Deltana et M. Perrin*, Lebon 415 ; *RFDA*, 1999, 1022, chron. H. Surrel) et en ce qui concerne l'infliction des amendes par la Cour de discipline budgétaire et financière (CE, 30 octobre 1998, *Lorenzi*, Lebon 374 ; *AJDA*, 1998, 1047 ; *RDP*, 1999, 633, note G. Eckert).

fondements, aussi incertains que multiples, par un article précis de la Convention européenne des droits de l'homme »⁷³. Cependant, cette importance doit être relativisée car le Conseil d'Etat semble appliquer l'article 6 de la Convention uniquement si les requérants l'invoquent. C'est la conclusion à tirer de l'arrêt *Herr*⁷⁴ rendu le même jour et sur la même question.

Après avoir refusé dans un premier temps d'appliquer l'article 6 à la procédure de jugement des comptes des comptables publics⁷⁵, la haute juridiction administrative considère aujourd'hui que « *lorsque le juge des comptes se prononce à titre définitif, [...], sur la régularité des comptes des comptables publics, il tranche, dès lors qu'est en cause la mise en débet du comptable, une contestation portant sur des droits et obligations de caractère civil au sens de la convention* »⁷⁶.

L'article 6 s'applique également au contentieux social et plus précisément aux juridictions sociales spécialisées comme la Commission centrale d'aide sociale⁷⁷ ou la Commission départementale des travailleurs handicapés, des mutilés de guerre et assimilés⁷⁸. Dans l'arrêt *Département de l'Indre* de

⁷³ A. Coutant, Note sous *Beausoleil et Mme Richard*, RFDA, 2004, p. 372.

⁷⁴ CE, 30 décembre 2003, *Herr*, n° 251234 et 251426.

⁷⁵ CE, 19 juin 1991, *Ville d'Annecy*, Lebon 242; RFDA, 1992, 521, chron. H. Labayle et F. Sudre; 3 avril 1998, *Mme Barthélemy*, Lebon 129; RFDA, 1998, 1040.

⁷⁶ CE, 30 mai 2007, *Garnier*, Lebon 770 ; BJCL, 2007, 838, concl. Guyomar, obs. Thévenon.

⁷⁷ CE, 29 juillet 1994, *Département d'Indre*, Lebon 363 ; RFDA, 1995, 161 ; RDSS, 1995, 324, concl. Bonichit ; AJDA, 1994, 691, chron. Touvet et Stahl, D., 1994, 593, note Prétot ; 27 mars 1998, *CCAS de la Rochelle et Département de la Saône et Loire*, Lebon 107 ; 6 décembre 2002, *Trognon*, n° 240028 ; AJDA, 2002, 1418, obs. C. Biget.

⁷⁸ CE, 6 décembre 2002, *Aïn-Lhout*, n° 221319 ; AJDA, 2002, 1418, obs. C. Biget. Il s'agit d'un revirement par rapport à la jurisprudence *Benamour* où le Conseil d'Etat avait considéré que la Convention n'était pas applicable. CE, 22 novembre 1985, *Benamour*, Lebon 331.

1994, concernant la récupération de l'allocation compensatrice en faveur des handicapés sur la succession du bénéficiaire, le Conseil d'Etat a affirmé que « *la décision [...] par laquelle la commission centrale d'aide sociale [...] a statué [...] a le caractère d'une décision juridictionnelle qui tranche une contestation relative à des droits et obligations de caractère civil, au sens des stipulations précitées de l'article 6-1 de la convention* ».

A partir de l'arrêt *Didier*⁷⁹ qui concernait la procédure devant le Conseil des marchés financiers⁸⁰, le Conseil d'Etat renonce à utiliser le critère organique⁸¹ et juge l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme applicable, au titre de la matière pénale, aux autorités administratives disposant d'un pouvoir de sanction⁸². Mais, comme le remarque la

⁷⁹ CE, 3 décembre 1999, *Didier*, Lebon 399 ; *RFDA*, 2000, 584, concl. Seban; *AJDA*, 2000, 126, chron. Guyomar et Collin; *JCP G*, 2000, II, 10267, note F. Sudre; *RDP*, 2000, 349, note Guettier; *RA*, 2000, 43, note Brière; *RTD com.*, 2000, 405, note N.R..

⁸⁰ Le Conseil d'Etat avait décidé que l'article 6 ne s'applique pas en ce qui concerne le Conseil des bourses de valeurs (CE, Ass., 1 mars 1991, *Le Cun*, Lebon 70 ; *RFDA*, 1991, 612, concl. de Saint-Pulgent) et le Conseil du marché à terme (CE, 4 mai 1998, *Société de bourse Patrice Wargny*, Lebon 192) et il faut préciser que le Conseil des marchés financiers est venu remplacer ces deux autorités.

⁸¹ Dans un premier temps, le Conseil d'Etat avait considéré que l'article 6 n'était pas applicable à une décision qui n'emanait pas d'une juridiction. Voir CE, Ass., 1 mars 1991, *Le Cun*, Lebon 70 ; *RFDA*, 1991, 612, concl. de Saint-Pulgent. Voir aussi CE, 31 mars 1995, *Ministre du budget / SARL Auto-Industrie Meric* (avis), Lebon 154; *RJF*, 1995, 236, concl. Arrighi de Casanova; *AJDA*, 1995, 739, note Dreifuss; *RUDH*, 1995, 120, note Cohen-Jonathan. Dans cette dernière affaire, le Conseil d'Etat a affirmé que l'article 6 « *n'est applicable qu'aux procédures contentieuses suivies devant les juridictions lorsqu'elle statuent sur des droits et obligations de caractère civil ou sur des accusations en matière pénale* ».

⁸² Il est intéressant de souligner que le même jour, le Conseil d'Etat a jugé l'article 6 inapplicable à la procédure devant la Commission nationale de

doctrine « *l'applicabilité de l'article 6 §1 aux autorités administratives indépendantes n'est pas générale mais est subordonnée à deux critères principaux [...]. Le premier est celui de la nature des attributions [...]. Le second critère tient à la nature du vice allégué [...].* »⁸³. L'article 6 est applicable à l'Autorité de régulation des télécommunications⁸⁴, au Conseil supérieur de l'audiovisuel⁸⁵, au Conseil de discipline de la gestion financière⁸⁶, à la Commission de contrôle des assurances⁸⁷ et à la Commission des sanctions de l'Autorité des marchés financiers⁸⁸.

Il est clair que le champ d'application de l'article 6 de la Convention ne cesse de s'élargir sous l'influence de la jurisprudence européenne et le juge administratif se prononce expressément sur l'applicabilité de cette disposition. Ce n'est qu'à titre exceptionnel que l'applicabilité résulte de manière implicite de l'application faite de l'article 6. Par exemple, dans l'arrêt *SA Martell et Co*⁸⁹, le Conseil d'Etat s'est directement prononcé sur le respect des dispositions des §§ 1 et 2 de l'article 6 aux procédures administratives relatives à l'élaboration ou au

l'informatique et des libertés car « *la décision attaquée n'émane pas d'un tribunal au sens de l'article 6 §1* ».

⁸³ F. Sudre, *Droit international et européen des droits de l'homme*, PUF, Paris, 2011, 10^e éd., p. 393.

⁸⁴ CE, 28 juillet 2000, *Société Copper Communication*, n° 199733.

⁸⁵ CE, 29 juillet 2002, *Association Radio Deux Coulers*, n° 221302 ; *AJDA*, 2003, 475, étude Thiellay.

⁸⁶ CE, 31 mars 2004, *Société Etna Finance*, n° 243579.

⁸⁷ CE, 28 octobre 2002, *Laurent*, Lebon 361 ; *AJDA*, 2002, 1492, note D. Costa.

⁸⁸ CE, 4 février 2005, *Société GSD Gestions*, n° 269001 ; *RFDA*, 2005, 1174, note D. Costa.

⁸⁹ CE, 24 mars 2006, *SA Martell et Co*, Lebon 163 ; *RJF*, 6/06, 667, concl. Vallée ; *BDCF*, 6/06, 71, obs. R. Beauvais.

prononcé des sanctions fiscales⁹⁰ revenant sur sa jurisprudence *SARL Maurel et fils*⁹¹. Par la suite, le Conseil d'Etat s'est prononcé expressément sur l'applicabilité de l'article 6 aux sanctions fiscales au titre de la matière pénale⁹².

Au total, il est donc permis de dire que « *la dynamique des exigences européennes, en matière de 'juridictionnalisation' des procédures administratives, disciplinaires et financières, se trouve largement confirmé, à la fois par leur généralisation et par leur application évolutive* »⁹³.

Le Conseil d'Etat a aussi étendu le champ d'application de l'article 1^{er} du premier Protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme, n'hésitant pas à se prononcer explicitement sur l'applicabilité de cette disposition et, plus précisément, sur la notion de « *bien* », notion autonome en vertu de la jurisprudence européenne⁹⁴.

⁹⁰ Il faut préciser que l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme était déjà considéré comme applicable, au titre de la matière pénale, en ce qui concerne les majorations d'impôt pour manœuvres frauduleuses. Voir CE, 31 mars 1995, *Ministre du budget / SARL Auto-Industrie Meric* (avis), Lebon 154; *RJF*, 1995, 236, concl. Arrighi de Casanova; *AJDA*, 1995, 739, note Dreifuss; *RUDH*, 1995, 120, note Cohen-Jonathan.

⁹¹ CE, 27 mars 2000, *SARL Maurel et fils*, n° 187703.

⁹² CE, 27 février 2006, *Krempff*, n° 257964; *Dr. Fisc.*, 2006, 513, concl. L. Olléon; 26 mai 2008, *Société Norelec*, 288583, *Dr. Fisc.*, 2008, 411, concl. F. Séners.

⁹³ C. Picheral, *Les garanties du procès équitable hors les juridictions ordinaires*, Cahiers de l'IDEDH, n°8, Université de Montpellier I, 2001, p. 335.

⁹⁴ Pour la Cour européenne des droits de l'homme la notion de *bien* n'inclut pas uniquement les biens corporels, mais aussi les biens à valeur patrimoniale. Voir, dans ce sens, F. Sudre, *Droit international et européen des droits de l'homme*, PUF, Paris, 2011, 10^e éd., pp. 634 et s.. Pour plus de détails sur l'interprétation conforme commandée et l'applicabilité de l'article 1^{er} du premier Protocole additionnel voir *infra* p. 219.

Ainsi, à l'instar de la Cour européenne des droits de l'homme qui avait affirmé qu'« une 'créance' peut constituer un 'bien' au sens de l'article 1 du Protocole N° 1, à condition d'être suffisamment établie pour être exigible »⁹⁵, le Conseil d'Etat a considéré qu'une créance doit être regardée comme un bien, qu'il s'agisse d'une créance constituée par des primes de qualifications et de service perçues par les militaires⁹⁶ ou des pensions de retraite des militaires⁹⁷. C'est la raison pour laquelle la doctrine a affirmé que « le raisonnement adopté par la haute juridiction permet de présumer qu'elle s'est implicitement, mais pleinement, fondée sur la jurisprudence de la Cour de Strasbourg »⁹⁸. Cette jurisprudence vient compléter la jurisprudence *Rouquette*⁹⁹ où le juge administratif, sans faire référence aux créances, avait admis implicitement l'invocabilité de l'article 1^{er} du premier Protocole pour les prestations sociales.

⁹⁵ Cour EDH, 9 décembre 1994, *Raffineries grecques Stran et Stratis / Grèce*, série A, n° 301, § 59 (créances constituées) ; 19 septembre 1996, *Gaygusuz / Autriche*, Recueil 1996-IV, § 41 ; *D.*, 1998, 438, note J.-P. Marguénaud et J. Mouly (allocations d'urgence versée aux chômeurs) et surtout 14 déc. 1999, *Antonakopoulos, Vortsela et Antonakopoulou c/ Grèce*, n°37098/97, § 30 (pensions publiques de retraite).

⁹⁶ CE, Ass., 11 juillet 2001, *Ministre de la défense / Préaud*, Lebon 345 ; *RFDA*, 2001, 1047, concl. Bergeal ; *AJDA*, 2001, 841, chron. Guyomar et Collin ; *RTDH*, 2003, 1043, note Kissangoula.

⁹⁷ CE, *Diop*, précité. Le Conseil d'Etat a souligné dans cet arrêt que « ces pensions constituent des créances qui doivent être regardées comme des biens au sens de l'article 1er, précité, du premier protocole additionnel à la convention européenne » [souligné par nous].

⁹⁸ F. Poirat, « Jurisprudence française en matière de droit international public », *RGDIP*, 2002, pp. 207-224.

⁹⁹ CE, Ass., 5 mars 1999, *Rouquette*, Lebon 37 ; *RFDA*, 1999, 357, concl. Maugué ; *AJDA*, 1999, 420, chron. Raynaud et Fombeur ; *RFDA*, 1999, 372, note de Béchillon et Terneyre ; *RDP*, 1999, 1223, obs. Camby.

Le Conseil d'Etat a également considéré, s'agissant des intérêts de retard en matière fiscale¹⁰⁰, que les dispositions combinées de l'article 14 de la Convention et de l'article 1^{er} du premier Protocole additionnel « *peuvent être utilement invoquées pour soutenir que la loi fiscale serait à l'origine de discriminations injustifiées entre contribuables* »¹⁰¹. De même, l'article 1^{er} du premier Protocole additionnel s'applique lorsqu'il s'agit des « *créances en réparation [d'une action en responsabilité] que [les intéressés] pouvaient légitimement espérer détenir sur la personne responsable* » [souligné par nous]¹⁰².

Le Conseil d'Etat a confirmé la jurisprudence des juridictions du fond en matière d'intérêts moratoires dans les marchés publics¹⁰³. Il a considéré que « *les créances constituées*

¹⁰⁰ Il faut souligner que la Cour européenne des droits de l'homme, afin de déclarer applicable l'article 1^{er} du premier Protocole additionnel, considère que le requérant bénéficie d'une créance contre l'Etat en vertu d'une cotisation indûment versée. Voir, par exemple, Cour EDH, 23 octobre 1990, *Darby / Suède*, série A, n° 187 ; *RTDH*, 1992, 181, note Flauss et 16 avril 2002, *Dangeville / France*, Recueil 2002-III. Mais, une partie de la doctrine souligne qu'« *au vu de la rédaction de certains [...] arrêts [...] il semble que] l'applicabilité de l'article 1^{er} n'est pas subordonnée à l'illégalité de l'impôt contesté* ». Voir M. Guyomar et P. Collin, « Chronique générale de jurisprudence administrative française », *AJDA*, 2002, p. 412. Dans le sens qu'« *un prélèvement fiscal ne porte pas atteinte, par nature, au droit au respect des biens* » voir chron. Guettier, *RDP*, 2003, p. 429.

¹⁰¹ CE, 12 avril 2002, *Société Anonyme Financière Labeyrie* (avic), n° 239693 ; *AJDA*, 2002, 410, chron. Guyomar et Collin ; *RDP*, 2003, 405, chron. Guettier.

¹⁰² CE, 24 février 2006, *Levenez*, n° 250704 ; *JCP A*, 2006, 1074. Cet arrêt constitue un revirement de jurisprudence par rapport à l'avis *Draon*. Voir CE, Ass., 6 décembre 2002, *M. et Mme Draon* (avis), Lebon 423 ; *AJDA*, 2003, 283, chron. F. Donnat et D. Casas ; *Dr. fam.*, 2003, 8, chron. A. Debet.

¹⁰³ CAA Paris, 21 juin 2001, *Société Sud Parisienne de construction*, n° 98PA02305 ; 8 juin 2004, *SA Quillery*, n° 00PA01043. Dans ces deux arrêts le juge administratif avait souligné que *le droit de créance d'intérêt*

par les intérêts moratoires échus sur les sommes dues par l'administration aux entreprises titulaires de marchés publics doivent être regardées comme des biens » au sens de l'article 1 du premier protocole additionnel¹⁰⁴.

L'extension du champ d'application de la disposition conventionnelle s'accorde ici avec la jurisprudence européenne¹⁰⁵ du fait de la réception par la jurisprudence administrative de la notion autonome de *bien* telle que formulée par la Cour européenne des droits de l'homme.

La haute juridiction administrative a également élargi le champ d'application des normes conventionnelles ne comportant pas des notions autonomes.

2 - Une applicabilité déduite de l'application des normes européennes extensives

Le Conseil d'Etat utilise de plus en plus les arguments tirés d'une violation de la Convention européenne des droits de l'homme. Les applications, nombreuses et dynamiques de l'article 8 dans la jurisprudence administrative, témoignent tout particulièrement l'eupéanisation du contentieux administratif. Car l'admission de son invocabilité n'est pas neutre mais produit

moratoire constitue un *bien* au sens de l'article 1 du premier protocole additionnel.

¹⁰⁴ CE, 5 juillet 2004, *Société Sud Parisienne de construction*, Lebon 291 ; *AJDA*, 2004, 2216, note J.-P. Markus ; 13 octobre 2004, *Société générale des entreprises Quillery Bâtiment*, n° 248319.

¹⁰⁵ La Cour européenne des droits de l'homme estime que pour démontrer l'existence d'une « espérance légitime » il faut vérifier « *s'il y avait une base suffisante en droit interne tel qu'interprété par les juridictions internes pour que l'on puisse qualifier la créance du requérant de « valeur patrimoniale » aux fins de l'article 1 du Protocole n° 1* ». Cour EDH, GC, 28 septembre 2004, *Kopecky / Slovaquie*, Recueil 2004-IX, § 54 ; *JCP G*, 2005, I, 103, n° 18, obs. F. Sudre.

un effet domino, notamment en termes d'intensité du contrôle juridictionnel ¹⁰⁶. Il faut néanmoins préciser que dans le cas de l'article 8, le juge administratif, par principe, ne se prononce pas expressément sur l'applicabilité de cette disposition ; celle-ci se déduit de l'application faite, comme si la malléabilité des notions de « vie privée », « vie familiale », « vie privée et familiale » dans la jurisprudence européenne le dissuadait ou le dispensait d'en vérifier lui-même les contours.

C'est ainsi que les exigences de l'article 8 se sont largement diffusées dans le domaine de la police des étrangers – bien qu'il ait été à l'origine jugé inopérant en la matière. Dans l'arrêt *Touami Ben Abdeslem*¹⁰⁷, le Conseil d'Etat avait ainsi affirmé qu'un étranger « *ne [pouvait] utilement se prévaloir [...] des dispositions de l'article 8 de la Convention [...] ni du principe général du droit selon lequel les étrangers résidant en France ont le droit de mener une vie familiale normale à l'appui de ses conclusions tendant à l'annulation de la mesure d'expulsion dont il a fait objet* ». L'exclusion de l'applicabilité de l'article 8 en matière d'expulsion pouvait peut-être s'expliquer par le fait que le Conseil d'Etat « *aurait considéré qu'une mesure d'expulsion n'était pas, par son objet même, de nature à porter atteinte à la vie familiale de l'étranger expulsé dans la mesure où rien n'empêche sa famille de le suivre* », même s'il « *était beaucoup plus simple pour le juge administratif d'admettre d'emblée l'applicabilité de l'article 8 de la CEDH, quitte à n'en pas tirer toutes les conséquences sur le fond* »¹⁰⁸. Néanmoins, il ne s'agissait pas d'une opposition à la Convention européenne

¹⁰⁶ Voir *infra* p. 248 et s.

¹⁰⁷ CE, 25 juillet 1980, *Touami Ben Abdeslem*, mentionné aux Tables Lebon, 820 ; *JCP G*, 1991, II 19613, note Pacteau.

¹⁰⁸ Voir H. Ruiz-Fabri, « Jurisprudence administrative », *RA*, 1991, pp. 240 et s..

des droits de l'homme. Le principe général du droit tel que formulé au niveau national¹⁰⁹ était frappé par la même inapplicabilité. Le refus d'appliquer l'article 8 de la Convention résulte de la conception donnée à la notion de vie familiale à une époque où même la Cour de Strasbourg n'avait pas pleinement développé sa jurisprudence concernant les conséquences de l'article 8 dans le domaine du contentieux des étrangers. Quoiqu'il en soit, ces conceptions sont aujourd'hui bien révolues et le doctrine n'a pas manqué de souligner que « *le Conseil d'Etat semble aller jusqu'au bout de la logique d'alignement sur la jurisprudence de la Cour européenne* »¹¹⁰.

Après que la haute juridiction administrative ait opéré un revirement de jurisprudence dans l'arrêt *Beldjoudi*¹¹¹ (arrêt d'expulsion), confirmé par deux arrêts d'Assemblée *Belgacem* (arrêt d'expulsion) et *Babas* (arrêt de reconduite à la frontière)¹¹², cette solution s'est imposée pour les refus du titre de séjour ou de visa¹¹³ et pour l'assignation à résidence¹¹⁴. Dès lors, ce sont pratiquement toutes les mesures intéressant l'entrée et le séjour des étrangers qui tombent en définitive dans l'orbe

¹⁰⁹ Pour le droit de mener une vie familiale normale en tant que principe général de droit voir CE, 8 décembre 1978, *GISTI*, Lebon 493.

¹¹⁰ H. Ruiz-Fabri, « Jurisprudence administrative », *RA*, 1991, p. 243.

¹¹¹ CE, 18 janvier 1991, *Beldjoudi*, Lebon 18, concl. Abraham.

¹¹² CE, Ass, 18 juillet 1991, *Belgacem* et *Babas*, Lebon 152 et 162 ; *RFDA*, 1991, 497 ; *RGDIP*, 1991, 800 ; *RUDH*, 1991, 241 concl Abraham ; *CDE*, 1991, 549, note Van Tuong ; *AJDA*, 1991, note J. Laferrrière ; *RA*, 1991, 239, note Ruiz-Fabri ; *JCP*, 1991, II, 21, note Van Tuong ; *Rev. Crit. DIP*, 1991, 77, note Turpin.

¹¹³ CE, 10 avril 1992, *Aykan* et *Marzini*, Lebon 152 et 154 ; *RFDA*, 1993, 541, concl. Denis-Linton ; *AJDA*, 1992, 332, chron. Maugué et Schwartz ; *RA*, 1992, 416, note Ruiz-Fabri.

¹¹⁴ CE, 29 décembre 1997, *Mohamed A*, n° 160416.

de la Convention européenne des droits de l'homme¹¹⁵ - y compris les plus récentes, telle l'interdiction de retour, introduite en droit français par la loi n° 2011-672 du 16 juin 2011 relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité afin de transposer la directive 2008/815 du 16 décembre 2008 relative aux normes et procédures communes applicables dans les Etats membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier¹¹⁶.

Mais l'emprise de l'article 8 de la Convention s'est aussi fait sentir dans d'autres contextes.

L'exemple de la police du bruit témoigne particulièrement de l'écho donné aux interprétations elles-mêmes constructives de la Cour européenne des droits de l'homme. Dans le prolongement de la jurisprudence *Powell et Rayner*, où elle avait pour la première fois jugé que les nuisances sonores dues à l'activité d'un aéroport à proximité du domicile des requérants constituent une ingérence dans le droit au respect de la vie privée et familiale¹¹⁷, le Conseil d'Etat a ainsi accepté

¹¹⁵ Pour des limites à cette applicabilité de l'article 8 CEDH, v. *infra* L. Milano, Partie II, chap. 2, spéc. p. 309.

¹¹⁶ CE, 12 mars 2012, avis, n° 354165. Cet avis a déjà été mentionné comme exemple de conciliation jurisprudentielle entre les exigences des droits européens (cf. F. Dupret, Partie I, Chap. 1, spéc. p. 62).

¹¹⁷ Cour EDH, 21 février 1990, *Powell et Rayner / Royaume-Uni*, série A, n° 172; *JDI*, 1991, 774, obs. P. Tavernier; *RTDH*, 1991, 247, note J.-F. Flauss. Par la suite l'arrêt de Grande chambre *Hatton c/ Royaume-Uni* (Cour EDH, GC, 8 juillet 2003, Recueil 2003-VIII; *RDP*, 2004, 832, obs. C. Picheral) a encore martelé, en synthétisant l'acquis antérieur (not. 9 décembre 1994, *Lopez Ostra / Espagne*, série A, n° 303-C; *JDI*, 1995, 798, obs. P. Tavernier; *RUDH*, 1995, 112, chron. F. Sudre; *RTD civ.*, 1996, 507, chron. -P. Marguénaud; *Guerra et autres / Italie*, Recueil 1998-I; *Rev. eur. dr. env.*, 1998, 318, note J.-P. Marguénaud) que si « la Convention ne reconnaît pas expressément le droit à un environnement sain et calme, [...] lorsqu'une

d'examiner (à défaut de l'avoir retenu) le moyen tiré de l'article 8, pour contester les dispositions prises par le Ministre des transports afin de réduire les nuisances sonores causées aux habitants de Meudon par les mouvements d'hélicoptères¹¹⁸. Cette applicabilité, tenue pour acquise, de la disposition conventionnelle a ensuite été confirmée dans une affaire similaire de 2007, avec des conséquences très nettes sur le degré de contrôle juridictionnel exercé même si le Conseil d'Etat n'en a pas moins considéré qu' « *il n'a pas été [...] porté atteinte au bon équilibre entre le droit des personnes au respect de leur vie privée et familiale et les intérêts notamment économiques liés à l'activité nocturne de cet aéroport* »¹¹⁹.

Cela étant, les applications « environnementales » de l'article 8, par la haute juridiction administrative, ne se sont pas non plus limitées à la police du bruit. Elle a ainsi déclaré que l'arrêté ministériel déclarant d'utilité publique les travaux d'établissement d'une ligne électrique et approuvant la mise en compatibilité des plans d'occupation des sols des plusieurs communes ne méconnaît les stipulations de l'article 8 de la Convention relatives au respect de la vie privée¹²⁰. Dans un autre arrêt concernant un décret autorisant la création d'une

personne pâtit directement et gravement du bruit ou d'autres formes de pollution, une question peut se poser sous l'angle de l'article 8 » (§ 96).

¹¹⁸ CE, 9 juillet 1997, *Commune de Meudon*, n° 1554448. En l'occurrence, le juge administratif a cependant conclu à la non-violation de l'article 8 CEDH car « *il n'est pas établi que les dispositions prises [...] en vue de réduire les nuisances sonores causées par les mouvements d'hélicoptères [...] aient eu cependant pour effet d'autoriser les exploitants de ces appareils à effectuer des mouvements de nature à porter une atteinte grave aux droits reconnus par cet article* ».

¹¹⁹ CE, 26 octobre 2007, *Association de défense contre les nuisances aériennes*, n° 297301 ; *AJDA*, 2008, 95, concl. F. Lenica. V. infra, K. Blay-Grabarczyk, Partie III, chap. 1, spéc. p. 445 et s.)

¹²⁰ CE, 26 février 1999, *Commune de la Bruguière*, n° 189920.

extension à une installation nucléaire de base, en se prononçant sur le grief des requérants tiré de la violation de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, le Conseil d'Etat avait affirmé que « *le fait que le décret attaqué n'ait pas été précédé d'une enquête publique n'emporte aucune méconnaissance des stipulations de la [Convention] qui garantissent le droit de tout individu au respect de sa vie privée et familiale* »¹²¹.

Il résulte de tout ce qui précède que le juge administratif est arrivé à une utilisation « banalisée » de la Convention européenne des droits de l'homme en laissant de côté non seulement les fondements internes au profit de l'examen des stipulations européennes, mais aussi l'interprétation nationale de cet instrument international. L'eupéanisation de la jurisprudence administrative française a été déterminée par le souci d'une mise en conformité du droit national avec les jurisprudences de Strasbourg et Luxembourg.

§ II - LE SOUCI PREGNANT D'UNE MISE EN CONFORMITE DU DROIT NATIONAL

Béatrice PASTRE-BELDA

Au-delà de l'obligation pour les autorités nationales de tirer les conséquences d'un arrêt condamnant la France, le juge administratif a manifesté une volonté de purger le droit national de ses incompatibilités au droit européen. Une réceptivité « spontanée » de la jurisprudence européenne peut dès lors être constatée (A) et cette réceptivité paraît de plus assumée par le

¹²¹ CE, 16 mars 2001, *Collectif National Stop Melox et Mox*, n° 212930.

juge administratif puisque celui-ci opère en effet des renvois, de nature hétérogène, à la jurisprudence européenne (B).

A- Une réceptivité « commandée » mêlée à une réceptivité « spontanée »

Une condamnation de la France ou, dans une moindre mesure, un recadrage quant à l'interprétation de tel ou tel droit à l'occasion d'un contentieux français, paraissent encore nécessaires dans certains cas pour obliger le juge administratif à appliquer les solutions européennes (1°). Nonobstant, ce semblant de résistance du juge administratif doit être relativisé compte tenu de l'existence d'exemples dans lesquels le juge administratif s'est plié aux exigences européennes de manière autonome (2°).

1 - Des condamnations expresses encore nécessaires à une mise en conformité

Bien qu'il soit possible, sans aucun doute, de constater un mouvement en faveur d'une application volontaire des jurisprudences européennes, il ne faut pas pécher par excès d'optimisme et laisser ainsi de côté les exemples, plus ou moins récents, révélant l'autorité relative des arrêts du juge européen et accréditant l'idée d'une pression européenne et, corrélativement, d'une perte d'autonomie des juges internes.

Plusieurs exemples dans des matières très variées peuvent être à cet égard mentionnés. Dans le contentieux des étrangers, tout d'abord, point n'est besoin de rappeler que le Conseil d'Etat a abandonné sa jurisprudence antérieure du refus d'applicabilité de l'article 8 CEDH à la matière de l'éloignement des

étrangers¹²² sous la menace d'une condamnation européenne¹²³. Il en est de même lorsque le Conseil d'Etat a accepté de déclarer applicable le « droit au respect de la vie privée et familiale » au bénéfice d'une personne célibataire faisant l'objet d'une reconduite à la frontière, entrée en France à l'âge de dix ans, après le décès de son père, afin d'y être accueilli par son oncle de nationalité française¹²⁴. Cette solution, protectrice des étrangers arrivés jeunes sur le territoire français, fait suite en effet à un arrêt de la Cour EDH *Bouchelkia c/ France* du 29 janvier 1997¹²⁵, dans lequel cette dernière s'était prononcée en faveur de l'applicabilité du « droit au respect de la vie privée et familiale » au bénéfice d'un étranger célibataire, à l'époque de l'arrêté d'expulsion, vivant au sein de sa famille d'origine et résidant depuis l'âge de deux ans sur le territoire français où se trouvait l'essentiel de ses attaches privées et familiales (§41). Dans le cadre du contentieux relatif aux procédures des juridictions financières, ensuite, si le Conseil d'Etat a accepté de déclarer applicable le « droit à un procès équitable », garanti par l'article 6 CEDH, sous l'angle de son volet civil¹²⁶, à la procédure de gestion de fait¹²⁷ puis à la procédure de jugement

¹²² CE, 18 janvier 1991, *Beldjoudi*, n°99201, Rec. p.18, concl. R. Abraham.

¹²³ CEDH, 26 mars 1992, *Beldjoudi c/ France*, n°12083/86, A. 234-A (*GACEDH*, n°53).

¹²⁴ CE, 17 décembre 1997, *Préfet de police c/ M. Kingue Moussinga*, n°185751. Le Conseil d'Etat conclut en l'espèce à une violation de l'article 8 CEDH.

¹²⁵ Cour EDH, 29 janvier 1997, *Bouchelkia c/ France*, n°23078/93, Rec. 1997-I (*JCP-G*, 1998, I-107, chron. F. Sudre).

¹²⁶ Voy. à cet égard, les développements de G. Rusu dans ce même chapitre : section 1, §1, B- 1°).

¹²⁷ CE, 30 décembre 2003, *Beausoleil et Mme Richard*, n°251120 (*RFDA*, 2004, p.365, ccl. M. Guyomar, et p.371 note A. Coutant).

des comptes des comptables publics¹²⁸, cela n'est pas étranger aux arrêts de condamnation de la Cour EDH *Richard-Dubarry*¹²⁹ et *Martinie c/ France*¹³⁰. Des exemples relatifs au droit de propriété peuvent également être mentionnés. Dans le contentieux des validations législatives, en premier lieu, le Conseil d'Etat, dans son arrêt *Levenez*¹³¹, accepte de considérer comme un « bien », au sens de l'article 1^{er} du Protocole n°1 additionnel à la Convention, une créance en réparation susceptible de naître d'une jurisprudence bien établie. Ce revirement de jurisprudence intervient à la suite d'une condamnation de la France par la Cour EDH dans ses arrêts *Maurice et Draon*¹³². Le Conseil d'Etat, en l'espèce, condamnera, sous l'angle de l'article 1^{er} Protocole 1, l'effet rétroactif de la loi « anti-Perruche » du 4 mars 2002, notamment son application aux instances juridictionnelles en cours. De même, en second lieu, dans le contentieux relatif à la Loi Verdeille, après avoir dans un premier temps estimé que la législation française, faisant obligation à certains propriétaires de terrains de devenir membre d'une association communale de

¹²⁸ CE, 30 mai 2007, *Garnier*, n°270410 (*AJDA*, 2007, p.1103 ; *RFDA*, 2008, p.810, chron. M. Lascombe et X. Vandendriessche).

¹²⁹ Cour EDH, 1^{er} juin 2004, *Richard-Dubarry c/ France* (arrêt au fond), n°53929/00. Décision de la Cour EDH sur la recevabilité du 7 octobre 2003 (*RFDA*, 2004, p.378, note A. Potteau).

¹³⁰ Cour EDH, Gde Ch., 12 avril 2006, *Martinie c/ France*, n°58675/00, Rec. 2006-VI (*RFDA*, 2006, p.577, note L. Sermet).

¹³¹ CE, 24 février 2006, *Levenez*, n°250704 (*JCP-G*, 2006, II-10062, note A. Gouttenoire et S. Porchy-Simon ; *AJDA*, 2006, p.1272, note S. Hennette-Vauchez). Solution récemment confirmée dans un arrêt d'Assemblée du Conseil d'Etat du 13 mai 2011, n°329290 (rendu à la suite de la décision QPC n°2010-2 du Conseil Constitutionnel du 11 juin 2010).

¹³² Cour EDH, Gde Ch., 6 octobre 2005, *Maurice et Draon c/ France*, n°11810/03 (Rec. 2005-IX) et n°1513/03 (*JCP-G*, 2006, I-109, chron. F. Sudre ; *RTDH*, 2006, p.667, note F. Bellivier).

chasse compétente et d'apporter leur terrain à l'association, n'était pas contraire à la Convention EDH¹³³, le Conseil d'Etat, en conformité avec la jurisprudence *Chassagnou c/ France*¹³⁴, juge que « *que l'obligation faite aux propriétaires (...) d'apporter leur terrain à l'association communale de chasse agréée méconnaît les stipulations précitées de l'article 1^{er} du protocole additionnel à la convention européenne (...)* »¹³⁵. Enfin, en droit de l'Union européenne, peut être cité à titre d'exemple l'arrêt du Conseil d'Etat *Eglise de Scientologie de Paris*¹³⁶ relatif à la police des investissements étrangers. En l'espèce, le juge administratif réalise en effet une application conforme de la jurisprudence de la Cour de Justice¹³⁷, celle-ci ayant qualifiée d'entrave à la liberté de circulation des capitaux l'autorisation préalable nécessaire à la réalisation de tout investissement direct à l'étranger susceptible de constituer une menace à l'ordre public, la sécurité publique ou aux intérêts de la défense nationale. C'est notamment en raison de l'imprécision des notions « d'ordre public » et de « sécurité publique » que ce régime fut censuré.

Si ces diverses solutions rendues par le Conseil d'Etat opèrent une mise en conformité du droit interne aux exigences européennes à la suite de condamnations ou de « recadrages » de la part du juge européen, mettant ainsi en lumière un certain

¹³³ CE, 22 février 1995, *Madame Godard*, n°120407.

¹³⁴ Cour EDH, Gde Ch., 29 avril 1999, *Chassagnou c/ France*, n°25088/94, Rec. 1999-III (*GACEDH* n°67). La Cour considère que la loi Verdeille viole et la liberté de manifestation (art. 11 CEDH) et le droit au respect des biens (art. 1 P1).

¹³⁵ CE, 27 octobre 2000, *Madame Vignon*, n°172639.

¹³⁶ CE, 8 décembre 2000, *Association église de Scientologie de Paris*, n°181533, Rec. p.592.

¹³⁷ CJCE, 14 mars 2000, *Association Eglise de Scientologie de Paris et Premier ministre*, C-54/99, Rec. I-1335 (*RTD Com.*, 2001 p.824, obs. G. Jazottes).

rapport d'autorité entre ce dernier et les juridictions suprêmes françaises, il ne faut pas toutefois s'arrêter à une lecture superficielle de ces arrêts qui mettrait simplement en exergue un lien de cause à effet. En effet, certaines décisions doivent être replacées dans un contexte plus général, faisant état d'une politique jurisprudentielle ou d'une stratégie de la part du Conseil d'Etat. Le contentieux relatif à la loi « anti-Perruche » est en la matière topique. Il ne faut pas oublier en effet que par cette loi, le législateur visait à neutraliser les jurisprudences *Perruche* de la Cour de Cassation¹³⁸ et *Quarez* du Conseil d'Etat¹³⁹. Les juges internes, ainsi, « *se sont engouffrés dans la brèche ouverte par la Cour [EDH] pour reprendre leur fronde* »¹⁴⁰. Si le souci explicitement affirmé était celui de ne point exposer la France « *à toujours plus de condamnations pécuniaires* »¹⁴¹, il ne s'agit pas moins d'un véritable pied de nez fait au législateur puisque les juges internes saisissent l'occasion de renouer avec leur philosophie sanctionnée par le législateur en 2002. De même, notons que dans le contentieux de la police des investissements étrangers, le dialogue entre le Conseil d'Etat et la Cour de justice avait été initié par le juge

¹³⁸ Cour de Cassation, Ass. plén., 17 novembre 2000 (*JCP-G*, 2000, II-10438, rapport P. Sargos et note F. Chabas. Dans cet arrêt « *Perruche* », la Cour de cassation avait admis l'indemnisation d'un enfant né avec un handicap qui n'était pas dû directement à une faute du médecin mais dont la survenance aurait pu être évitée si la femme, correctement informée de ce risque, avait recouru à une interruption de grossesse.

¹³⁹ CE, 14 février 1997, *Centre hospitalier de Nice c/ Quarez*, Rec. Lebon, p.44. Contrairement à la Cour de cassation, le juge administratif refusa de faire droit à la demande présentée par les parents au nom de l'enfant, toutefois, il accepta d'accorder aux parents une indemnisation pour l'intégralité du préjudice, y compris les charges particulières.

¹⁴⁰ F. Bellivier, note préc. spéc. p.686.

¹⁴¹ Conclusions du Rapporteur public T. Olson sur l'arrêt du CE, *Levenez* préc. (*JCP-A*, 2006, n°12, p.1074).

interne puisque la Cour de Justice s'était en effet prononcée sur le fondement d'une question préjudicielle posée par le Conseil d'Etat¹⁴². Cette stratégie du juge interne, cette convergence que l'on pourrait qualifier de « calculée », conduit à relativiser l'idée, qui serait exclusive, d'une pression exercée en continue par le juge européen et à valoriser, au contraire, l'idée d'une réceptivité de la jurisprudence européenne fondée sur une certaine autonomie du juge interne et au-delà encouragée par une détermination de sa part (peu importe sa motivation...). Dans cette logique, il est dès lors envisageable d'imaginer que le juge administratif puisse assurer une mise en conformité du droit interne en étant affranchi du « diktat » européen. Des exemples jurisprudentiels l'attestent.

2 - Des mises en conformité pourtant affranchies du « diktat » européen

La réceptivité du juge administratif aux droits européens et à leur interprétation par les Cours européennes ne peut plus se résumer par le terme de « contrainte ». En effet, des exemples mettent en lumière des mises en conformité du droit interne aux jurisprudences européennes spontanées, non précédées d'un arrêt condamnant la France. Là encore, les matières sont variées.

En droit conventionnel, prenons l'exemple de l'applicabilité de l'article 6 de la Convention EDH aux procédures relatives aux contentieux de la fonction publique. La Cour EDH, dans son arrêt *Vilho Eskelinen et a. c. c/ Finlande* du 19 avril 2007¹⁴³, opère un revirement de jurisprudence en renonçant au « critère

¹⁴² CE, 6 janvier 1999, *Association Eglise de Scientologie de Paris*, n°181533.

¹⁴³ Cour EDH, Gde Ch., 19 avril 2007, *Vilho Eskelinen et a. c. c/ Finlande*, n°63235/00, Rec. 2007-II (RFDA, 2007, p.1031, note G. Gonzalez).

fonctionnel » dont l'économie tendait à déclarer applicable l'article 6 en se fondant sur la nature des fonctions exercées par l'agent public et sur les responsabilités assumées par ce dernier¹⁴⁴. La Cour EDH change radicalement de cap, en 2007, en faisant de l'applicabilité de l'article 6 aux litiges de la fonction publique un principe. Le critère désormais retenu est celui de l'accès à un tribunal dans l'ordre juridique interne¹⁴⁵ : dès lors que le droit interne ouvre aux fonctionnaires l'accès à un tribunal, les garanties de l'article 6 s'appliquent¹⁴⁶. Malgré l'absence d'arrêt de la Cour EDH concernant la France, le Conseil d'Etat se rallie à la nouvelle interprétation réalisée par la Cour EDH et opère lui-même un revirement de jurisprudence. En effet, dans son arrêt *M.A.* du 12 décembre 2007¹⁴⁷, le Conseil d'Etat revient sur sa jurisprudence qui tendait à exclure les magistrats de l'ordre judiciaire des garanties de l'article 6 CEDH¹⁴⁸ et estime ainsi que le droit à un procès équitable, sous l'angle du volet civil, est applicable à la procédure devant le Conseil supérieur de la magistrature¹⁴⁹.

¹⁴⁴ Critère issu de l'arrêt de la Cour EDH *Pellegrin c/ France* du 8 décembre 1999, n°28541/95, Rec. 1999-VIII, *GACEDH*, n°20.

¹⁴⁵ Cour EDH, *Vilho Eskelinen*, préc., §61.

¹⁴⁶ Toutefois, la Cour ajoute que l'applicabilité de l'article 6 sera écartée si deux conditions cumulatives sont satisfaites : d'une part, si le droit interne a exclu expressément l'accès à un tribunal s'agissant du poste en question et, d'autre part, si l'objet du litige est lié à l'exercice de l'autorité étatique ou remet en cause le lien spécial de confiance et de loyauté unissant l'agent à l'Etat (§62).

¹⁴⁷ CE, 12 décembre 2007, *M.A.*, n°293301 (*AJDA*, 2008, p.932).

¹⁴⁸ CE, 18 octobre 2000, *Terrail*, n°208168 (*AJDA*, 2001, p.288, note A.-C. Rouault).

¹⁴⁹ En l'espèce, le Conseil d'Etat jugera que si un membre du Conseil supérieur de la magistrature, statuant comme conseil de discipline des magistrats du siège, est désigné comme rapporteur et peut procéder à des mesures d'investigation, de tels pouvoirs ne diffèrent pas de ceux que la formation collégiale de jugement pourrait elle-même exercer et ne confèrent

En droit de l'Union européenne, plusieurs exemples de mise en conformité spontanée du droit interne de la part du juge administratif peuvent être explicités. Mentionnons, tout d'abord, le contentieux de la police des jeux, dans le cadre duquel on a pu voir le Conseil d'Etat transposer les grandes lignes directrices dégagées par la Cour de justice à la faveur des questions préjudicielles dont l'avaient saisie des juges d'autres Etats membres. Cette dernière a estimé, en effet, que constituaient une entrave à la libre prestation de service : l'interdiction des jeux de loterie en vigueur au Royaume-Uni (sous réserve de quelques exceptions)¹⁵⁰, le régime finlandais d'autorisation préalable en matière de jeux de hasard (excepté lorsqu'ils étaient organisés afin de recueillir des fonds dans le cadre d'une action de bienfaisance ou pour toute autre activité désintéressée) et le fait que ces activités ne pouvaient être prestées que par une entreprise publique¹⁵¹, ainsi que le régime italien d'agrément préalable pour organiser des paris sportifs¹⁵². Ces entraves peuvent, néanmoins, selon la Cour, être justifiées par des raisons impérieuses d'intérêt général, notamment la protection du consommateur et de l'ordre social. S'appuyant expressément sur ces trois arrêts, le Conseil d'Etat, dans son arrêt *Confédération française des professionnels en jeux automatiques* du 15 mai 2000¹⁵³, réalise une application conforme du raisonnement suivi

pas au rapporteur le pouvoir de modifier le champ de la saisine de la juridiction. Dès lors, la participation du rapporteur au délibéré du Conseil supérieur de la magistrature ne méconnaît ni le principe général d'impartialité ni les stipulations de l'article 6 §1.

¹⁵⁰ CJCE, 24 mars 1994, *Schindler*, C-275/92, Rec. 1994, I, p. 1039 (*Europe*, 1994, comm. 195, obs. L. Idot).

¹⁵¹ CJCE, 21 septembre 1999, *Läärä*, C-124/97, Rec. 1999, I, p. 6067 (*Europe*, 1999, comm. 37, obs. L. Idot).

¹⁵² CJCE, 21 octobre 1999, *D. Zenatti*, C-67/98, Rec. 1999, I, p. 7289.

¹⁵³ CE, 15 mai 2000, *Confédération française des professionnels en jeux automatiques*, n°202666, Rec. CE, p. 173.

par la CJCE. Il estime en effet « *qu'ainsi que l'a relevé la Cour de justice des communautés européennes par ses arrêts n° C/275/92 du 24 mars 1994, n° C/124/97 du 21 septembre 1999 et n° C/67/98 du 21 octobre 1999, une législation nationale autorisant les jeux d'argent de façon limitée ou dans le cadre de droits spéciaux ou exclusifs accordés ou concédés à certains organismes, en ce qu'elle restreint l'exercice d'une activité économique porte atteinte à la libre prestation des services ; que toutefois, une telle atteinte peut être admise au titre tout d'abord des mesures dérogatoires prévues par le traité qui admettent les restrictions justifiées par la participation, même à titre occasionnel à l'exercice de l'autorité publique ou par des raisons d'ordre public, de sécurité publique ou de santé publique ; qu'en outre, les entraves à la libre prestation des services qui découlent de mesures nationales indistinctement applicables peuvent être acceptées également si ces mesures sont justifiées par des raisons impérieuses d'intérêt général, si elles sont propres à garantir la réalisation de l'objectif qu'elles visent et si elles ne vont pas au-delà de ce qui est nécessaire pour l'atteindre* ». Le juge interne doit dès lors se livrer à un contrôle *in concreto* de la justification de la mesure et de sa proportionnalité. Notons néanmoins que les difficultés de ce contrôle ont incité le juge administratif à saisir ultérieurement la CJCE d'une question préjudicielle¹⁵⁴.

Le contentieux de la fonction publique, en droit de l'Union, fournit également des exemples de réception spontanée de la jurisprudence européenne par le juge administratif. Trois séries d'exemples peuvent à ce titre être mentionnées. En premier lieu, le Conseil d'Etat, dans son avis du 31 janvier 2002¹⁵⁵, a réceptionné les critères de la notion d'« emploi dans

¹⁵⁴ V. sur ce point, F. Dupret, Partie I, Chapitre I, spéc. p. 85.

¹⁵⁵ CE, Ass., 31 janvier 2002, avis n°366.313.

l'administration publique » telle que définie de manière autonome par la Cour de Justice¹⁵⁶. Plus précisément, le Conseil d'Etat s'est livré à une interprétation conforme de la loi française, puisqu'il a estimé que les dispositions de l'article 5 bis de la loi du 13 juillet 1983, dont les termes étaient propres, devaient être interprétées à la lumière de la jurisprudence communautaire identifiant les emplois susceptibles d'être réservés aux nationaux. Ainsi, faisant écho aux précisions apportées par la Commission européenne¹⁵⁷, le Conseil d'Etat souligna, d'une part, que « *doivent être regardées comme inséparables de l'exercice de la souveraineté ou comme participant directement ou indirectement à l'exercice de prérogatives de puissance publique : d'une part l'exercice de fonctions traditionnellement qualifiées de régaliennes ; d'autre part la participation à titre principal au sein d'une personne publique, à l'élaboration d'actes juridiques, au contrôle de leur application, à la sanction de leur violation, à l'accomplissement de mesures impliquant un recours possible à la contrainte, enfin à l'exercice de la tutelle* » et, d'autre part, que « *les missions confiées aux ministères chargés de la défense, du budget, de l'économie et des finances, de la justice, de l'intérieur, de la police et des affaires étrangères sont en principe de nature régalienne* », de sorte que « *l'accès aux emplois dans ces ministères peut être présumé fermé aux ressortissants des Etats membres de la CE* ». Notons de plus que bien que la législation française se distingue par la mention alternative de ces critères, la jurisprudence administrative semble les avoir appliqués de

¹⁵⁶ CJCE, 17 décembre 1980, *Commission c/ Belgique*, aff. 149/79, Rec. p. 3880. V. infra F. Dupret, Partie I, Chap. 1, spéc. p. 29 et p. 33.

¹⁵⁷ Communication du 5 janvier 1988, « Libre circulation des travailleurs et accès à l'emploi dans l'Administration publique des Etats membres. Action de la Commission en matière d'application de l'article 48§4 du traité CE », *JOCE*, C 72/2, 18 mars 1988.

manière cumulative, en nette convergence avec la jurisprudence communautaire. En effet, dans son arrêt *Confédération nationale des Groupes autonomes de l'enseignement public*¹⁵⁸, le Conseil d'Etat avait considéré que l'accès aux corps de professeurs était ouvert aux ressortissants communautaires car ces fonctions « *n'avaient pas pour effet de confier à des personnes qui ne sont pas de nationalité française des missions inséparables de l'exercice de la souveraineté* » et qu'elles ne « *comportaient pas, elles-mêmes, l'exercice de prérogatives de puissance publique* ».

En second lieu, a également fait l'objet d'une réception volontaire, la jurisprudence de la Cour de Justice relative à l'intégration des ressortissants communautaires dans la fonction publique en cours de carrière. En ce sens, le juge administratif a notamment jugé que la procédure d'intégration d'un fonctionnaire devait s'appuyer sur la reconnaissance de l'équivalence des diplômes, des expériences professionnelles et de l'ancienneté acquise dans son Etat d'origine. Ainsi, dans son arrêt *D'Iorio*¹⁵⁹, le Conseil d'Etat juge qu'un établissement public ne peut « *sans méconnaître les dispositions [de l'article 39 du Traité CE et le règlement (CEE) n°1612/68 (articles 1 et 6)], refuser de prendre en compte (...) la durée du service national accompli par l'intéressé en Italie, conformément à la législation en vigueur dans ce pays* », pour reculer la limite d'âge afin de l'admettre à concourir, alors que les nationaux bénéficient de cette possibilité. Dans la même logique, et cette fois-ci en citant expressément la jurisprudence européenne, le Conseil d'Etat estime « *qu'il résulte de ces stipulations [susmentionnées] telles qu'elles ont été interprétées par la Cour*

¹⁵⁸ CE, 6 mai 1998, *Confédération nationale des Groupes autonomes de l'enseignement public*, n°144904, Rec. p.802

¹⁵⁹ CE, 22 septembre 1997, *D'Iorio*, n°171903, Rec. CE p.322 (*AJFP*, 1998, p. 21).

*de justice des Communautés européennes notamment dans son arrêt du 23 février 1994 rendu dans l'affaire C. 419/92 que, lorsqu'un Etat membre prévoit, à l'occasion du recrutement du personnel, de prendre en compte des activités professionnelles antérieures exercées par les candidats au sein d'une administration publique, il ne peut, à l'égard des ressortissants communautaires, opérer de distinction selon que ces activités ont été exercées dans le service public de ce même Etat membre ou dans celui d'un autre Etat membre »¹⁶⁰. Enfin, dans le même sens, dans son arrêt *Spaggiari*¹⁶¹, relatif au recrutement d'un professeur(e) d'université italien, le Conseil d'Etat précise que « lorsqu'à l'occasion du recrutement d'un fonctionnaire pour un emploi entrant dans le champ d'application de l'art 5 bis [...] de la loi du 13 juillet 1983, les autorités administratives compétentes prennent en considération les activités professionnelles antérieures, exercées par les candidats au sein d'une administration publique, elles ne peuvent, à l'égard des ressortissants des Etats membres de l'Union européenne, opérer de distinction selon que ces activités ont été exercées dans une collectivité publique française ou dans celle d'un autre Etat membre ». Le juge administratif se livre par conséquent à une interprétation conforme spontanée du droit interne, en réceptionnant la jurisprudence de la Cour de justice *Scholz*¹⁶², en vertu de laquelle, s'agissant de l'accès à la fonction publique, non seulement, il est nécessaire de prendre en compte*

¹⁶⁰ CE, 13 mars 2002, *Courbage*, n°209938, Rec. CE p.98 (*AJDA*, 2002, p.530, obs. M.-C. de Montecler ; *AJFP*, 2002, p.21, note C. Moniolle). Dans le même sens, CE, 9 juillet 2003, *Dorries*, n°239285.

¹⁶¹ CE, 18 octobre 2002, *Spaggiari*, n°224804 (*AJDA*, 2003, p.36 ; *AJFP*, 2003, p.12, note S. Slama).

¹⁶² CJCE, 23 février 1994, *Ingetraut Scholz c/ Opera universitaria di Cagliari*, C. 419/92, Rec. I-505 (*AJDA*, 1994, p.698, chron. H. Chavrier, E. Honorat et P. Pouzoulet ; *RTD eur.*, 1997, p.103, chron. D. Berlin).

l'expérience déjà acquise par le ressortissant communautaire lors de ses emplois précédents, mais de surcroît, dans ce cadre, les autorités administratives compétentes ne peuvent à l'égard de ce dernier opérer de distinction selon que ces activités ont été exercées dans une collectivité publique française ou dans celle d'un autre Etat membre.

Enfin, en troisième lieu, dans le domaine des discriminations positives, le Conseil d'Etat reprend également à son compte le contrôle effectué par la Cour de justice¹⁶³. En effet, dans son arrêt *M. A* du 16 janvier 2009¹⁶⁴, la Haute juridiction administrative veille à ce que l'action positive n'aboutisse pas à favoriser de manière automatique les femmes au détriment des hommes qui connaîtraient une situation identique. Il estime, en l'espèce, que « *dès lors que cet avantage [une bonification d'un an de pension par enfant pour compenser l'interruption du service à l'occasion de la naissance, de l'adoption ou d'une période consacrée à l'éducation] est ouvert tant aux hommes qu'aux femmes, ces dispositions ne sont pas incompatibles avec le principe d'égalité des rémunérations entre hommes et femmes tel qu'il a été interprété par la Cour de justice des communautés européennes dans son arrêt C-366-99 du 29 nov. 2001* ». Le Conseil d'Etat réalise donc une interprétation conforme spontanée du droit interne, en citant expressément l'arrêt *Griesmar* de la Cour de justice¹⁶⁵. Dans ce dernier arrêt, saisie d'une question préjudicielle formulée le Conseil d'Etat, la Cour de justice s'était prononcée sur la compatibilité de l'article L. 12-b du Code des pensions civiles et

¹⁶³ CJCE, 28 mars 2000, *Badeck*, C-158/98 ; CJCE, 6 juillet 2000, *K. Abrahamsson*, C-407/98.

¹⁶⁴ CE, 16 janvier 2009, *M. A*, n°285491.

¹⁶⁵ CJCE, 29 novembre 2001, *Griesmar*, C-366-99 (*AJFP*, 2002-2, pp. 11 et 4, respectivement notes A. Fitte-Duval et P. Boutelet ; *AJDA*, 2002, p. 326, chron. C. Lambert, J.M. Belorgey, S. Gervasoni).

militaires avec le principe d'égalité de traitement entre hommes et femmes, notamment sur le point de savoir si l'octroi des droits prévus à l'article L. 12-b exclusivement aux femmes était une mesure discriminatoire injustifiée au regard du droit communautaire. Elle juge en l'espèce que le fonctionnaire masculin qui assume l'éducation de son enfant doit également pouvoir bénéficier du droit prévu par le Code des pensions. En effet, « *la circonstance que les fonctionnaires féminins sont plus touchés par les désavantages professionnels résultant de l'éducation des enfants parce que ce sont en général les femmes qui assument cette éducation n'est pas de nature à exclure la comparabilité de leur situation avec celle d'un fonctionnaire masculin qui a assumé l'éducation de ses enfants et a été, de ce fait, exposé aux mêmes désavantages de carrière* » (§56).

Ces divers exemples manifestent très clairement la volonté du juge administratif de conformer le droit interne aux droits européens, en mobilisant, à l'appui de son raisonnement, des ressources européennes. S'il est bien sûr possible de défendre la thèse selon laquelle le juge appliquerait le droit européen spontanément par peur d'une future condamnation ou par résignation, le fait qu'il s'appuie expressément sur les interprétations européennes et qu'il aille, dans certaines hypothèses, jusqu'à citer les jurisprudences pertinentes, révèle un activisme de sa part et ainsi une réceptivité complètement assumée et non subie. Notons à cet égard que ces renvois opérés à la jurisprudence européenne sont hétérogènes.

B- Un renvoi hétérogène à la jurisprudence européenne

Dans le but de conforter son raisonnement, tendant à mettre en conformité le droit interne aux exigences européennes, le juge administratif opère des renvois aux jurisprudences européennes. Ces renvois sont hétérogènes dans la mesure où ils

peuvent prendre diverses formes. Deux types de renvois peuvent cependant être identifiés : soit, et cela est rare, les arrêts européens sont cités expressément ou, dans une moindre mesure, le juge se réfère à « l'interprétation » de la Cour EDH (1°) ; soit, les arrêts européens se lisent en filigrane dans le raisonnement du juge administratif, sans mention aucune de l'interprétation européenne (2°).

1 - Une jurisprudence européenne expressément citée

Le juge administratif n'hésite pas à se référer expressément aux arrêts de la Cour de Justice, notamment aux arrêts en manquement rendus contre la France pour en tirer les conséquences dans l'ordre interne. A ce titre peut être cité le célèbre arrêt *Rothmans*¹⁶⁶, dans lequel le Conseil d'Etat, se référant aux arrêts de condamnation de la CJCE des 21 juin 1983 et 13 juillet 1988, estime illégale la procédure de fixation des prix des tabacs manufacturés et accepte ainsi d'engager la responsabilité de l'Administration du fait d'une loi incompatible avec une réglementation communautaire. Dans le même sens, l'arrêt du Conseil d'Etat *Société Tiscali Telecom*¹⁶⁷ mentionne et tire les conséquences de l'arrêt de la CJCE du 6 décembre 2001 condamnant la France pour incompatibilité aux directives communautaires, imposant l'ouverture à la concurrence des services téléphoniques, les dispositions françaises fixant les modalités du calcul de la contribution des opérateurs de télécommunications au financement du service universel de télécommunication. En outre, la rareté du fait donnant du prix à

¹⁶⁶ CE, Ass., 28 février 1992, *SA Rothmans International France et SA Philips Morris*, n°56776 / 56777, Rec. p.80 (AJDA, 1992 p.210, concl. M. Laroque)

¹⁶⁷ CE, 18 juin 2003, *Société Tiscali Telecom*, n°250608 (AJDA, 2003, p.1888, note N. Foulquier).

la chose, il est également nécessaire de mentionner que le juge administratif, dans certaines ordonnances rendues en référé, cite dans les visas la jurisprudence de la Cour EDH pertinente. Le Professeur F. Sudre évoque à cet égard « *la fin d'un tabou* »¹⁶⁸. Ainsi, dans son ordonnance *Meyet* du 20 décembre 2005¹⁶⁹, mettant en jeu l'application de l'article 13 CEDH relatif au droit à un recours effectif, le juge des référés du Conseil d'Etat cite dans les visas l'arrêt de la Cour EDH, pertinent en la matière, *Boyle et Rice*¹⁷⁰, et estimera en l'espèce dans ses motifs qu'« *au demeurant, indépendamment du fait que selon la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme l'article 13 de la convention 'ne saurait s'interpréter comme exigeant un recours interne pour toute doléance', le respect des droits dont se prévaut M. X est susceptible d'être assuré par la mise en oeuvre de l'article L. 521-2 du code de justice administrative (...)* ». Dans le même sens, dans une ordonnance du 6 mars 2006¹⁷¹, le juge des référés du Conseil d'Etat citera dans les visas une décision d'irrecevabilité de la Cour EDH rendue contre la France¹⁷², dans laquelle elle avait estimé que l'obligation faite au requérant de retirer son turban dans le cadre d'un contrôle de sécurité à l'aéroport était compatible avec les exigences de l'article 9 CEDH relatif à la liberté de conscience et de religion. Utilisant un raisonnement identique, le Conseil d'Etat jugera en l'espèce que l'obligation de fournir une photo d'identité « tête

¹⁶⁸ F. Sudre, « Le 'dialogue des juges' A l'euro-compatibilité », in « Le dialogue des juges », Mélanges en l'honneur du Président B. Genevois, Dalloz, 2009, pp. 1015-1031, spéc. p.1017.

¹⁶⁹ CE, ord., 20 décembre 2005, *Meyet*, n°288253, Rec. CE, p.586.

¹⁷⁰ Cour EDH, 27 avril 1988, *Boyle et Rice c/ Royaume-Uni*, A.131.

¹⁷¹ CE, ord., 6 mars 2006, *Association United Sikhs et M. Shingara Mann Singh*, n°289947 (*JCP-G*, 2006, II-10054).

¹⁷² Cour EDH, déc., 11 janvier 2005, *Phull c/ France*, n°35753/03, Rec. 2005-I.

nue » pour établir ou renouveler un permis de conduire est compatible avec l'article 9 de la Convention EDH. Nul doute, dès lors, que le juge administratif fait sienne la jurisprudence de la Cour EDH. Non seulement, le juge cite expressément dans les visas les décisions européennes pertinentes en la matière, mais également, il juge en totale conformité à celles-ci. Une telle pratique constitue donc, indubitablement, une illustration de la réceptivité manifeste du juge administratif aux jurisprudences européennes. Il ne faut toutefois pas se précipiter. Notons en effet que cette pratique ne se retrouve pas dans les arrêts que le Conseil d'Etat rend au fond. Cela n'est pas anodin. En effet, l'impact juridique, et au-delà « symbolique », de telles citations dans les visas n'est pas le même selon qu'il s'agit de décisions rendues au fond ou en référé. Les mesures provisoires prononcées par le juge des référés sont dépourvues de l'autorité de chose jugée, celui-ci n'ayant pas pour mission de se prononcer sur une contestation et donc d'établir le droit. Ainsi, notamment, « *il ne peut statuer sur un moyen tiré de l'inconventionnalité de la loi si n'est pas déjà intervenue en ce sens une décision juridictionnelle* »¹⁷³, du moins dans le cadre d'un référé-suspension. La portée des ordonnances rendues en référé étant par conséquent très limitée, les citations de la jurisprudence européenne dans ces hypothèses ne disposent d'une « autorité » que dans le cadre des mesures provisoires prononcées en l'espèce.

Si cet élément vient sérieusement relativiser la portée de la pratique du juge des référés, une autre pratique du juge administratif peut être mentionnée, contribuant cette fois-ci à rendre le dialogue des juges plus effectif. Dans nombre d'arrêts,

¹⁷³ F. Sudre, « Le 'dialogue des juges' A l'euro-compatibilité », art. préc., spéc. p.1019. Voy. en ce sens, CE, 30 décembre 2002, *Ministre de l'aménagement du territoire et de l'Environnement c/ Carminati*, Rec. CE p.510 (*AJDA*, 2003, p.1065, note O. Le Bot).

en effet, le juge administratif se réfère aux dispositions de la Convention EDH « *telles qu'interprétées par la Cour EDH* » ou au droit communautaire interprété par la CJCE. Les arrêts européens ne sont pas cités explicitement mais le juge se réfère à l'interprétation prétorienne de la disposition en cause. Une telle mention atteste à son tour d'une réceptivité de la jurisprudence européenne et d'une volonté déterminée de la part du juge interne de mettre le droit en conformité avec les exigences européennes. Plusieurs exemples peuvent être mentionnés, dont tout d'abord l'arrêt de la Cour administrative d'appel de Douai du 18 octobre 2007¹⁷⁴ relatif à la police administrative des étrangers. En vertu de la jurisprudence communautaire, une mesure restrictive à la libre circulation ou au droit de séjour des ressortissants communautaires doit être justifiée par le comportement personnel de l'intéressé, celui-ci devant révéler l'existence d'une menace réelle à l'ordre public et suffisamment grave pour un intérêt fondamental de la société¹⁷⁵. Dès lors, une mesure restrictive fondée sur la seule condamnation pénale de l'individu ne peut justifier l'application de la réserve d'ordre public ; un examen *in concreto* doit être systématiquement réalisé. Rappelant ces principes à la lumière des « *dispositions (...) du traité, telles que mises en œuvre par le droit dérivé et interprétées par la jurisprudence communautaire* », la Cour administrative d'appel de Douai annule l'arrêté d'expulsion en cause en l'espèce eu égard au fait qu'il était exclusivement fondé sur la condamnation pénale de l'intéressé. En droit de la Convention EDH à présent, le contentieux relatif à la compatibilité à l'article 6 CEDH de la présence lors du délibéré du rapporteur public constitue également un exemple de cette

¹⁷⁴ CAA Douai, 18 octobre 2007, *Daniel Webb*, n°07DA01151 (*AJDA*, 2008, p. 308, concl J. Lepers ; *RTDE*, 2008 p.835, chron., n°V, A. Bouveresse).

¹⁷⁵ CJCE, 27 octobre 1977, Bouchereau, aff. 30/77, Rec. I-2012.

pratique. Dans un arrêt du 25 mai 2007¹⁷⁶, le Conseil d'Etat précisait en effet, relativement au décret du 1^{er} août 2006 modifiant le Code de Justice administrative dans le but de se conformer à la jurisprudence *Kress c/ France*¹⁷⁷, « *que dès lors qu'il [le décret] a prévu la possibilité pour le justiciable, informé par l'avis d'audience, d'être mis à même d'exercer effectivement son droit en s'opposant à la présence du commissaire du gouvernement au délibéré, le décret attaqué, loin de porter atteinte aux garanties prévues par l'article 6 § 1er de la convention tel qu'interprété par la Cour européenne des droits de l'homme, a contribué à les renforcer* ». En l'espèce, la mention de l'article 6§1 « *tel qu'interprété par la Cour EDH* » vise de manière sous-jacente la solution *Kress c/ France* aux termes de laquelle la France avait été condamnée en raison de la participation du commissaire du gouvernement au délibéré. Dès lors, l'idée de réceptivité du juge interne à la jurisprudence européenne bénéficie ici d'une portée plus limitée. Non seulement, cet arrêt du Conseil d'Etat fait suite à l'adoption d'un décret qui entendait conformer le droit interne à une jurisprudence européenne précise, mais également et subséquemment, le Conseil d'Etat ne paraît absolument pas absorber en l'espèce l'ensemble de la jurisprudence européenne relative à l'interprétation des garanties de l'article 6. Toujours en droit conventionnel, peut être ensuite cité un jugement du Tribunal administratif de Marseille¹⁷⁸, rendu postérieurement à

¹⁷⁶ CE, 25 mai 2007, *Courty*, n°296327 (*AJDA*, 2007, p.1424, concl. R. Keller).

¹⁷⁷ Cour EDH, 7 juin 2001, *Kress c/ France* n° (RFDA, 2001, p.991, obs. B. Genevois et p.1000, obs. J.-L. Autin et F. Sudre).

¹⁷⁸ TA Marseille, 9 février 2006, n°0303042 (*AJDA*, 2006, p.1454, note F. Lazaud et M. Romnicanu).

l'arrêt de la Cour EDH *Slimani*¹⁷⁹ ayant condamné la France sur le fondement du volet procédural de l'article 2 CEDH en raison de l'impossibilité pour la requérante d'être impliquée dans l'information pour rechercher les causes de la mort de son concubin en rétention administrative et d'accéder à cette information. Dans cet arrêt la Cour avait rappelé « *que la première phrase de l'article 2 impose aux Etats contractants l'obligation non seulement de s'abstenir de donner la mort « intentionnellement » ou par le biais d'un « recours à la force » disproportionné (...), mais aussi de prendre les mesures nécessaires à la protection de la vie des personnes relevant de leur juridiction (...). Les obligations des Etats contractants prennent une dimension particulière à l'égard des détenus, ceux-ci se trouvant entièrement sous le contrôle des autorités : vu leur vulnérabilité, les autorités ont le devoir de les protéger. (...) elle [la Cour] estime que, lorsqu'un détenu décède à la suite d'un problème de santé, l'Etat doit fournir des explications quant aux causes de cette mort et aux soins qui ont été prodigués à l'intéressé avant qu'elle ne survienne. D'une manière générale, le seul fait qu'un individu décède dans des conditions suspectes alors qu'il est privé de sa liberté est de nature à poser une question quant au respect par l'Etat de son obligation de protéger le droit à la vie de cette personne* » (§27). Le Tribunal administratif, en l'espèce, saisi d'une demande de réparation en raison du décès de son concubin dans un centre de rétention administrative, précisera dans le même sens qu'« *ainsi que l'a retenu la Cour européenne des droits de l'homme, lesdites stipulations [de l'article 2] astreignent les Etats contractants non seulement à s'abstenir de provoquer la*

¹⁷⁹ Cour EDH, 27 juillet 2004, *Slimani c/ France*, Rec. 2004-IX (JCP G, 2005, I 103, n° 2, chron. F. Sudre ; obs. F. Amegadjie, in P. Tavernier, « La France et la Cour européenne des droits de l'homme. La jurisprudence en 2004 », Cahiers du CREDHO n°11, Bruylant, 2005, p.85.

mort de manière volontaire et irrégulière, mais aussi à prendre les mesures nécessaires à la protection de la vie des personnes relevant de leur juridiction et qu'à ce titre, s'agissant de personnes détenues ou gardées à vue, leur situation de vulnérabilité impose aux Etats de les protéger et, au cas où ces personnes meurent dans cette situation, de fournir une explication plausible quant à l'origine de la mort ; que lesdites stipulations instituent donc dans ce cas une présomption de faute qui n'est toutefois pas irréfragable ; que compte tenu de la situation de contrainte semblable, pour l'application de ces stipulations, à celle des détenus et gardés à vue dans laquelle se trouvent les personnes retenues dans un centre de rétention administrative, il y a lieu de les regarder comme entrant dans le champ de l'obligation précédemment définie ». Le Tribunal se conforme ainsi, de manière ostensible, à l'interprétation de l'article 2 CEDH réalisée par la Cour EDH. Certes, ce jugement est rendu après une condamnation de la France pour des faits quasi similaires, toutefois la jurisprudence citée, relative à l'article 2 revêt un caractère général, caractère général qui ne se retrouve pas dans l'exemple cité *supra* relatif à la présence au délibéré du rapporteur public. Ce caractère général est d'ailleurs confirmé par la jurisprudence postérieure du Conseil d'Etat, lequel a poursuivi cette réception de la jurisprudence européenne relative à l'article 2 dans le contentieux de la privation de liberté. D'abord, dans une ordonnance de référé, relative à une demande de suspension de l'exécution de la décision implicite de rejet opposée par le ministre de la justice à la demande de l'Observatoire International des Prisons tendant notamment à ce que les établissements pénitentiaires se dotent de matelas revêtus d'une housse ignifugée inamovible, le Conseil d'Etat estime « *qu'ainsi que l'a jugé la cour européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, il résulte de l'article 2 de la convention qu'elle*

*est chargée d'appliquer qu'en égard à la vulnérabilité des détenus et à leur situation d'entière dépendance vis à vis de l'administration, il appartient tout particulièrement à celle-ci de prendre les mesures propres à protéger leur vie »*¹⁸⁰. Ensuite, et cela est déterminant, dans un arrêt au fond, du 17 décembre 2008¹⁸¹, le Conseil d'Etat, à l'instar de la Cour EDH, mobilisera la technique des obligations positive et affirmera « *qu'en vertu d'un principe rappelé notamment par la première phrase de l'article 2 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, aux termes de laquelle le droit de toute personne à la vie est protégé par la loi, qu'en égard à la vulnérabilité des détenus et à leur situation d'entière dépendance vis à vis de l'administration, il appartient tout particulièrement à celle-ci, et notamment au garde des sceaux, ministre de la justice et aux directeurs des établissements pénitentiaires, en leur qualité de chefs de service, de prendre les mesures propres à protéger leur vie* ». Il est cependant nécessaire de préciser que cette obligation n'est pas contenue explicitement dans le libellé de l'article 2 de la Convention EDH, comme nous pourrions le penser à la lecture de ce considérant, mais qu'elle fut déduite de manière prétorienne par la Cour EDH¹⁸². Dès lors, et M. Afroukh le précise très justement, « *avec une telle formulation, le Conseil d'Etat en vient à raisonner comme s'il entendait appliquer l'article 2 tel*

¹⁸⁰ CE, Ord., 11 juillet 2007, *Section Française de l'Observatoire international des prisons*, n°305595 (Dalloz, 2008, p. 1015, chron. J.-P. Céré, M. Herzog-Evans, E. Pechillon).

¹⁸¹ CE, 17 décembre 2008, *Section Française de l'Observatoire internationale des prisons*, n°305594, Rec. CE, p.463, (concl. M. Guyomar ; JCP-A, 18 mars 2009, II- 100049, note S. Merenne ; *Les Cahiers de la Fonction publique*, 2010, n°2, p.38, note F. Lenica).

¹⁸² Nous reviendrons sur cette question relative aux obligations positives contenues au sein de l'article 2 CEDH dans nos propos *infra* (Section 2, §1, A, 1°).

qu'interprété par la Cour européenne des droits de l'homme »¹⁸³. En termes de réceptivité, cet arrêt du Conseil d'Etat, éclairé de plus par les conclusions de son rapporteur public, constitue donc un pas important pour la poursuite du dialogue des juges. Il existe cependant d'autres exemples dans lesquels la réceptivité de la jurisprudence n'est pas moins manifeste mais se lit en filigrane.

2 - Une jurisprudence européenne sous-jacente

Certaines décisions du juge administratif attestent d'une réceptivité de la jurisprudence européenne, sans aller pour autant jusqu'à citer explicitement les arrêts européens justifiant une mise en conformité du droit interne. Les arrêts du juge européen se devinent davantage. Ainsi, par exemple, dans son arrêt *Battisti*¹⁸⁴, le Conseil d'Etat se conforme à la jurisprudence de la Cour EDH relative au droit de l'accusé à comparaître personnellement¹⁸⁵, en affirmant « *qu'il résulte tant des principes de l'ordre public français que des conventions internationales signées par la France qu'en matière pénale, une personne condamnée par défaut doit pouvoir obtenir d'être rejugée en sa présence, sauf s'il est établi d'une manière non équivoque qu'elle a renoncé à son droit à comparaître et à se défendre* ». En effet, ce droit « découvert » par le juge européen au sein de l'article 6¹⁸⁶ peut faire l'objet d'une renonciation. La Cour précise en ce sens qu'elle « *n'a pas besoin de décider si et*

¹⁸³ M. Afroukh, « *L'article 2 de la Convention européenne des droits de l'homme dans la jurisprudence administrative* », *RFDA*, 2011/6, pp. 1153-1164, spéc. p.1158.

¹⁸⁴ CE, Ass., 18 mars 2005, *Battisti*, n° 273714 (*JCP-G*, 2005, I-145, n°12, obs. A. Ondoua).

¹⁸⁵ Cour EDH, 12 février 1985, *Colozza c/ Italie*, n°9024/80, A.89.

¹⁸⁶ Cour EDH, *Colozza c/ Italie*, préc., §27.

à quelles conditions un prévenu peut renoncer à pareille comparution car en tout cas, selon sa jurisprudence constante, la renonciation à l'exercice d'un droit garanti par la Convention doit se trouver établie de manière non équivoque »¹⁸⁷. Dans ces conditions, le requérant n'est pas fondé à soutenir que le décret attaqué, en accordant son extradition aux autorités italiennes, et ce, alors qu'il n'aurait pas la garantie d'être jugé à nouveau en Italie, serait contraire à l'article 6. Toujours sur le terrain de l'article 6 de la Convention, l'arrêt du Conseil d'Etat, *Commune de Meudon*¹⁸⁸ peut être mentionné. En l'espèce, la Section du contentieux estime que le principe d'impartialité ne s'oppose pas à ce que des juges, dont une décision a été annulée, se prononcent à nouveau sur l'affaire « en la même qualité ». En jugeant comme tel, le Conseil applique certes une jurisprudence constante¹⁸⁹, mais également, et à présent, l'arrêt de la Cour EDH *Thomann c/ Suisse*¹⁹⁰ dans lequel la Cour précise que ne fait pas obstacle à l'article 6 le fait pour des juges, dans une même affaire, de siéger deux fois « en la même qualité »¹⁹¹. La doctrine a souligné à cet égard le changement des motifs opéré par le Conseil d'Etat, en se calquant sur la jurisprudence européenne¹⁹².

Enfin, des arrêts de la Cour de Justice peuvent également se deviner dans la jurisprudence administrative. Prenons l'exemple du contentieux relatif au régime de passation des conventions

¹⁸⁷ Cour EDH, *Colozza c/ Italie*, préc., §28.

¹⁸⁸ CE, 11 fév. 2005, *Commune de Meudon*, n°258102 (RFDA, 2005, p.760, concl. I. de Silva).

¹⁸⁹ CE, 12 novembre 1920, *Société Dickson*, Rec. CE, p.963.

¹⁹⁰ Cour EDH, 10 juin 1996, *Thomann c/ Suisse*, n°17602/91, Rec. 1996-III.

¹⁹¹ Cour EDH, *Thomann c/ Suisse*, préc. §§ 32-37.

¹⁹² En ce sens, C. Landais et F. Lenica, chron., *AJDA*, 2005, p.660. Puis, F. Sudre, « Le 'dialogue des juges' A l'euro-compatibilité », art. préc., spéc. p.1021.

d'aménagement. Dans son arrêt *SODEGIS*, la Cour administrative d'appel de Bordeaux¹⁹³ réceptionne assurément la jurisprudence *Telaustria* de la Cour de justice¹⁹⁴. En effet, le juge administratif estime en l'espèce qu'une convention, relevant de l'article L. 300-4 du Code de l'urbanisme, fait partie des contrats soumis aux obligations de publicité et de transparence. Ainsi, alors même que les conventions publiques d'aménagement ne constituent ni des marchés publics ni des délégations de service public, les obligations de mise en concurrence issues du droit de l'Union doivent s'appliquer. La Cour de Justice avait jugé en ce sens à l'occasion d'un renvoi préjudiciel en interprétation, initié par l'office fédéral d'adjudication en Autriche. Celle-ci a en effet étendu de manière prétorienne, en se référant au Traité, les principes fondamentaux applicables à la passation des marchés publics à d'autres contrats, en particulier aux concessions¹⁹⁵. Au point 60 de l'arrêt, la Cour de justice estime en effet que « *nonobstant le fait que de tels contrats sont, au stade actuel du droit communautaire, exclus du champ d'application de la directive 93/38*¹⁹⁶, les entités adjudicatrices les concluant sont, néanmoins, tenues de respecter les règles fondamentales du traité en général et le principe de non-discrimination en raison de la nationalité en particulier ». Elle ajoute aux point 61 et 62 que « (...) ce principe implique, notamment, une obligation de transparence qui permet au pouvoir adjudicateur de s'assurer

¹⁹³ CAA Bordeaux, 9 novembre 2004, *SODEGIS*, n°01BX00381 (*AJDA*, 2005, p.257, note J.-D. Dreyfus).

¹⁹⁴ CJCE, 7 décembre 2000, *Telaustria Verlags Gmbh*, C-324/98 (*AJDA*, 2001, p.106, note L. Richer).

¹⁹⁵ CJCE, 7 décembre 2000, *Telaustria Verlags Gmbh*, préc.

¹⁹⁶ Directive 93/38/CEE du Conseil, 14 juin 1993, portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications (*JO L* 199, p.84).

que ledit principe est respecté » et que « cette obligation de transparence (...) consiste à garantir, en faveur de tout soumissionnaire potentiel, un degré de publicité adéquat permettant une ouverture du marché des services à la concurrence ainsi que le contrôle de l'impartialité des procédures d'adjudication ». En précisant que la concession, bien que non soumise au code des marchés publics et n'entrant pas dans le champ d'application des règles relatives au délégué de service public, « n'était pas pour autant exclue du champ d'application des règles fondamentales posées par le traité de l'Union, qui soumettent l'ensemble des contrats conclus par les pouvoirs adjudicateurs aux obligations minimales de publicité et de transparence propres à assurer l'égalité d'accès à ces contrats », la Cour d'administrative d'appel applique manifestement, de manière sous-jacente, la jurisprudence communautaire.

Ce caractère sous-jacent de la jurisprudence européenne dans la jurisprudence interne ne doit surtout pas conduire à penser, et bien au contraire, que le juge administratif n'assumerait pas pleinement son rôle de juge de droit commun des droits européens. En effet, s'estimant d'une manière générale non lié par l'interprétation réalisée par le juge européen, il semble logique que le juge administratif ne cite pas explicitement, lorsqu'il statue au fond, les décisions européennes, notamment lorsqu'elles ne visent pas l'Etat français. Au-delà de cette constatation, plusieurs éléments permettent toutefois d'avancer l'idée que cette réceptivité aux jurisprudences européennes ne serait pas de nos jours simplement évidente mais qu'elle serait en outre plus que déterminée.

SECTION II - UNE RECEPTIVITE DETERMINEE

Béatrice PASTRE-BELDA

La réceptivité du juge administratif aux jurisprudences européennes est incontestable. L'ensemble des exemples mentionnés *supra* atteste en effet de ce mouvement général d'intégration du droit européen. Cependant, le constat ne peut s'arrêter là. Certes, le juge interne applique les garanties européennes telles qu'interprétées par leur juge, il va même dans certaines hypothèses jusqu'à citer les arrêts européens. Mais au-delà de ce phénomène, une détermination du juge administratif est décelable, dans le sens où un approfondissement de cette réceptivité est à mentionner. Parfaitement résolu, le juge utilisera les garanties européennes d'une manière efficiente. Bien sûr, dans certains cas, l'instrumentalisation ne sera guère loin... Dans le but de s'émanciper du législateur ou d'enrichir le droit administratif en conformité avec ses propres exigences, le juge sera tenté bien évidemment d'user de l'outil européen. Notre propos vise cependant à faire état, en toute objectivité, de cette détermination parfaitement décelable et ainsi du comportement audacieux du juge administratif. Cette hardiesse se manifeste de deux manières. D'une part, par un approfondissement de la réceptivité (§1). En effet, le juge ne se contente pas de déclarer les garanties européennes applicables en telle matière ou à entériner les solutions européennes dans tel contentieux, il va plus loin en s'appropriant les réflexes du juge européen. D'autre part, l'assurance du juge administratif atteint son paroxysme lorsqu'il adopte un comportement constructif (§2) et constitue ainsi le relais du juge européen.

§ I - UNE RECEPTIVITE APPROFONDIE

Le juge administratif ne rechigne plus à mobiliser telle ou telle garanties européennes. Notons cependant que ces garanties représentent peu de chose sans leur interprétation authentique. A cet égard, le juge interne s'approprie non seulement les conditions d'exercice de ces garanties, développées par le juge européen (A), mais également, dans certaines hypothèses et malgré l'inapplication d'une disposition européenne, mobilise le même mode de raisonnement que le juge européen dans des cas similaires (B).

A- La prise en compte des conditions d'exercice des garanties européennes

Le juge européen des droits de l'homme et la Cour de justice de l'Union ont enrichi le contenu des droits garantis par les traités ou le droit dérivé. La lecture des seuls libellés ne suffit plus pour comprendre l'économie d'un droit. Les définitions de certaines notions ont été élargies et le contenu de certains droits également. Le juge administratif, loin de s'opposer à ce développement normatif (certainement attentatoire à la souveraineté étatique), a adhéré à ce mouvement en intégrant ces « ajouts » normatifs (1°) et, qui plus est, a fait siennes les méthodes de contrôle des droits mobilisées par les juges européens (2°). Derrière ce double mouvement, et à l'instar des juges européens, c'est le souci du juge administratif de conférer une efficience au droit européen qui doit être noté, manifestant ainsi une nette détermination de sa part.

1 - Une adhésion au développement normatif initié par le juge européen

Le juge administratif s'est déjà référé à plusieurs reprises, dans ses arrêts, à la Convention EDH « *telle qu'interprétée par la Cour EDH* ». Nous l'avons en effet constaté plus haut¹⁹⁷. Une telle mention atteste, certes, d'une réceptivité manifeste de la jurisprudence européenne. Notons cependant que le juge ne se contente pas d'opérer un renvoi général à la jurisprudence de la Cour EDH, sans mentionner ses exigences précises, il applique au contraire l'exact contenu du droit conventionnel tel que développé de manière prétorienne par la Cour EDH. Tel est le cas dans le contentieux des étrangers sous l'angle de l'article 3 de la Convention EDH. Le juge administratif, à l'instar de la Cour EDH¹⁹⁸, exige donc, pour faire échec aux mesures d'éloignement, que soient établis des « risques personnels ». Dans un arrêt du 18 décembre 2009, le Conseil d'Etat estime ainsi que « *si M. A soutient que l'exécution du décret attaqué l'exposerait à des traitements inhumains ou dégradants en raison des conditions de détention dans les prisons turques*¹⁹⁹, *les pièces du dossier ne permettent pas d'établir les risques personnels qu'il allègue ; qu'ainsi, le moyen tiré de la violation de l'article 3 (...) ne peut qu'être écarté* »²⁰⁰. Mais il admet également, conformément à la jurisprudence de la Cour EDH²⁰¹,

¹⁹⁷ Voy. p. 231.

¹⁹⁸ Traditionnellement, la Cour EDH exige, pour mettre en œuvre l'article 3, que soient établis des « motifs sérieux » de croire que l'individu court un « risque réel » d'être soumis à des traitements contraires à l'article 3 (Cour EDH, 7 juillet 1989, *Soering c/ Royaume-Uni*, n°14038/88, A.161, §91, *GACEDH* n°13). Ce risque devant être, selon la Cour EDH, individualisé, personnel.

¹⁹⁹ La Cour EDH inclut également les conditions de détention dans la notion de « risque » de traitements prohibés par l'article 3. En ce sens, Cour EDH, 7 juin 2007, *Garabaïev c/ Russie*, n°38411/02.

²⁰⁰ CE, 18 décembre 2009, *M. A.*, n°327617.

²⁰¹ Cour EDH, 30 octobre 1991, *Vilvarajah et autres c/ Royaume-Uni*, n°13163/87, A.215.

que ce risque personnel de mauvais traitements résulte d'une situation de trouble ou de désordres civils dans le pays de destination, due notamment aux forces de sécurité. En ce sens, dans un arrêt du 15 mars 2000²⁰², le Conseil d'Etat constate que la requérante, ressortissante angolaise, soutient avoir subies des sévices de la part de soldats angolais en raison de son origine ethnique et de son appartenance au Front de libération du Cabinda et qu'ainsi elle courrait des risques graves pour sa vie ou sa sécurité en cas de retour dans son pays d'origine, « *que, par suite, la décision du préfet de l'Essonne fixant l'Angola comme pays de destination de la mesure d'éloignement prise à l'encontre de Mlle X... méconnaît les stipulations de l'article 3* ». Il s'agit bien pour le juge administratif, dans cette hypothèse et dans le sillon tracé par le juge européen, de faire déployer tous les « attributs » de l'article 3 pour protéger efficacement l'étranger qui serait éloigné. Egalement, le Conseil d'Etat, à l'instar de la Cour EDH²⁰³, estime que l'article 2 de la Convention, garantissant le droit à la vie, comprend des obligations positives de nature substantielle à la charge des autorités de protéger la santé des personnes relevant de leur juridiction. Le juge des référés du Conseil d'Etat, saisi sur le fondement de l'article L. 521-1 du CJA d'une requête tendant à la suspension de l'exécution de l'arrêté du Ministre de la santé relatif à l'organisation d'une campagne de vaccination contre la grippe H1N1, et bien que précisant en l'espèce que le moyen soulevé n'est pas de nature à faire naître un « doute sérieux » sur la légalité de l'arrêté litigieux, accepte de considérer qu'une vaccination puisse présenter des risques graves pour la population et pourrait ainsi méconnaître le droit à la vie garanti

²⁰² CE, 15 mars 2000, *Préfet de l'Essonne*, n°211321.

²⁰³ Cour EDH, 17 janvier 2002, *Calvelli et Ciglio*, n°32967/96, Rec. 2002-I (JCP-G, 2002, I-157, n°1, chron. F. Sudre) ; Cour EDH, 17 janvier 2008, *Dodov c/ Bulgarie*, n°59548/00.

par l'article 2²⁰⁴. C'est admettre que l'article 2 comprend implicitement un droit au respect de la santé. Toujours sous l'angle de l'article 2, mais en matière pénitentiaire, le Conseil d'Etat a réceptionné la jurisprudence européenne selon laquelle l'article 2 n'astreint pas seulement les autorités à ne pas utiliser la force meurtrière mais implique également que ces dernières prennent toutes les mesures nécessaires dans le but de soit prévenir un décès soit protéger la vie. Dans son arrêt *OIP* du 17 décembre 2008, le Conseil d'Etat rappelle cette obligation positive et estime que cette dernière « *peut être de nature à imposer à l'administration pénitentiaire de mettre à la disposition de certains détenus des quartiers ordinaires, lorsque des circonstances particulières tenant notamment à leur comportement, à celui de leurs codétenus ou à la configuration de leur cellule le justifient, des matelas Celso utilisés dans les quartiers disciplinaires, faute de quoi sa responsabilité serait susceptible d'être engagée pour faute* »²⁰⁵. Si cette décision témoigne à la fois du « réflexe européen » du juge administratif et de la réceptivité au contenu des droits développé de manière prétorienne par la Cour EDH, elle dénote également le souci du juge de protéger de manière effective les droits fondamentaux des personnes vulnérables. Le droit européen des droits de l'homme constitue par conséquent un outil pratique (et légitime) offert au juge interne pour étendre les garanties fondamentales, notamment au profit des personnes fragiles. Un autre moyen

²⁰⁴ CE, ord., 18 janvier 2010, *Association coordination de la recherche et des informations pour la vie*, n°335359 (*Constitutions*, 2010, p.304, obs. X. Bioy). La Commission EDH avait déjà jugé que le droit à la vie était applicable lorsque des décès étaient constatés à la suite d'une campagne de vaccination : Com. EDH, 12 juillet 1978, *X. c. Royaume-Uni*, n° 7154/75, DR 14, p.31.

²⁰⁵ CE, 17 décembre 2008, *Section Française de l'Observatoire internationale des prisons*, n°305594, préc.

pour garantir une protection adéquate des droits est de pratiquer un contrôle de proportionnalité entre l'ingérence dénoncée et le but poursuivi par les autorités. A cet égard, l'utilisation du contrôle de proportionnalité par le juge administratif, dans de nombreux contentieux, dénote non seulement une sensibilité particulière au mode de contrôle mobilisé de manière systématique par le juge européen, mais au-delà une volonté de réceptionner le droit européen d'une manière à lui faire produire une pleine effectivité.

2 - Une application en constante progression du contrôle de proportionnalité

Le contentieux des étrangers constitue une illustration traditionnelle de la démarche du juge administratif tendant à effectuer un contrôle de proportionnalité de l'ingérence dénoncée. Notons en effet, en premier lieu, que, ayant accepté de déclarer applicable l'article 8 de la Convention européenne dans les contentieux relatifs aux reconduites à la frontière et aux expulsions, par voie de conséquence, le Conseil d'Etat a été amené à exercer un contrôle de proportionnalité de l'ingérence litigieuse²⁰⁶. Ce contrôle ayant déjà été pratiqué par Conseil d'Etat dans d'autres domaines²⁰⁷, celui-ci n'a pas manifesté de résistance à l'appliquer en la matière. En ce sens, Ronny Abraham, rapporteur public dans les affaires *Belgacem* et *Babas*²⁰⁸, signifiait au Conseil que « *la démarche intellectuelle*

²⁰⁶ Respectivement, CE, Ass., 19 avril 1991, *Babas* et *Belgacem* (deux espèces) (*RFDA*, 1991, p.497, concl. R. Abraham ; *AJDA*, 1991, p.551, note F. Julien-Laferrière).

²⁰⁷ En ce sens, CE, Ass., 28 mai 1971, « *Lille, Ville nouvelle Est* », n°78825, Rec. CE, p.409 (*AJDA*, 1971, p.404, chron. Labetoulle et Cabanes et concl. Braibant, p.463).

²⁰⁸ Préc.

*de la juridiction européenne n'est pas étrangère à [ses] propres techniques de contrôle, et que rien ne s'oppose à ce [qu'il l'adopte] dans la matière considérée. (...) Il n'y a donc rien dans les raisonnements de la Cour de Strasbourg qui soit de nature à [le] déconcerter »²⁰⁹. Surtout, le Conseil d'État avait déjà réalisé un entier contrôle de proportionnalité spécifiquement dans le contentieux des étrangers dans son arrêt *Beldjoudi* du 18 janvier 1991²¹⁰. Des arrêts plus récents confirment l'application systématique d'un tel contrôle. Par exemple, dans un arrêt du 27 janvier 2010²¹¹ relatif à un arrêté d'expulsion et à un refus de visa opposé par les autorités nationales, le Conseil d'État, après avoir pris en compte la date d'entrée du requérant sur le territoire français, la longueur de sa présence sur le territoire, son entourage familial et l'absence d'intégration dans son pays d'origine, estime que « *le refus de visa qui lui a été opposé par la décision attaquée porte une atteinte excessive au droit au respect de sa vie privée et familiale, en méconnaissance de l'article 8 de la convention européenne* ». En second lieu, toujours dans le contentieux des étrangers, notons que le statut particulier des ressortissants communautaires a conduit le juge administratif à exercer un contrôle entier (de la qualification juridique des faits) sur l'existence d'une menace à l'ordre public, alors qu'il s'en tient en principe à un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation lorsque la mesure vise un ressortissant d'États tiers. Tel a été le cas dans les arrêts du Conseil d'État *Ragusi*²¹² relatif au refus d'octroyer une carte de séjour et *Raso*²¹³ relatif au refus*

²⁰⁹ Concl. préc. spéc. p.502.

²¹⁰ CE, 18 janvier 1991, *Beldjoudi*, n°99201.

²¹¹ CE, 27 janvier 2010, *M. Abdelhafid A*, n°321110.

²¹² CE, 24 octobre 1990, *Ragusi*, n°81333 (*AJDA*, 1991, p.322 ; *RTDE*, 1991, p.301, concl. R. Abraham).

²¹³ CE, 19 novembre 1990, *Raso*, n°94235.

d'abroger un arrêté d'expulsion. La Cour administrative d'appel de Marseille, dans son arrêt *Cincunegui Iruretagoyena*²¹⁴ est même allée plus loin en la matière puisque celle-ci, confrontée à un arrêté d'expulsion, estima que l'autorité compétente devait respecter le principe de proportionnalité, « applicable aux situations régies par le droit communautaire », « en prenant une décision dont les effets n'excèdent pas ce qui est strictement nécessaire à la protection de l'ordre et de la sécurité publics ». Est donc ici appliqué un contrôle « maximum », contrôle plus protecteur des droits fondamentaux que ne l'est le contrôle « normal » via cette exigence de proportionnalité. Cette démarche dénote le souci du juge administratif d'accorder aux ressortissants communautaires une protection particulière, justifiée par les droits et prérogatives que ces derniers tiennent du droit communautaire et opposables aux autorités internes de chaque Etat membre. Soulignons d'ailleurs que la Cour EDH, elle aussi, dans le même sens, n'a pas hésité à accorder une protection spécifique aux ressortissants communautaires par rapport aux autres étrangers en s'appuyant sur des obligations imposées aux Etats membres quant aux droits d'entrée et de séjour²¹⁵.

Dans le cadre du droit au respect de la vie, le juge administratif calque également son contrôle sur celui opéré par la Cour EDH. En effet, dans son arrêt du 2 septembre 2009, *Association Réseau d'Alerte et d'Intervention pour les Droits de*

²¹⁴ CAA Marseille, 28 mai 2003, *Cincunegui Iruretagoyena*, n°09MA02010 (RTDE, 2003 p. 661, chron. D. Ritleng).

²¹⁵ Voy. en ce sens, CEDH, 17 janvier 2006, *Aristimuno Mendizabal c/ France*, n°51431/99 (JCP-G, 2006, I-164, chron. F. Sudre ; JCP-S, 2006, 1155, note J. Cavallini).

*l'Homme*²¹⁶, statuant sur la conventionalité de l'usage de pistolets à impulsion électronique par les agents de la police nationale et municipale, le Conseil d'Etat reprend à son compte les principes rappelés de manière récurrente par la Cour EDH relatifs à l'article 2 CEDH²¹⁷, celle-ci appréciant d'une manière générale, à l'aune du danger potentiel, qu'un juste équilibre soit garanti entre le but poursuivi par la mesure litigieuse et les moyens employés pour l'atteindre²¹⁸.

L'ensemble de ces exemples démontre très clairement qu'à partir du moment où le juge administratif accepte d'appliquer un droit conventionnel, il effectue corrélativement un contrôle conforme aux exigences européennes et, notamment, un contrôle de proportionnalité, seul contrôle de nature à offrir une protection effective des droits fondamentaux afin de ne pas imposer aux individus une ingérence excessive dans la jouissance de leurs droits, à l'aune des exigences publiques. C'est en ce sens qu'il est possible de parler d'une réceptivité approfondie de la jurisprudence européenne : le juge va au-delà de la simple applicabilité des droits, il se conforme en même temps aux méthodes de contrôles européennes. Soulignons toutefois, pour relativiser ce propos, que l'usage du contrôle de proportionnalité par le juge administratif pourrait être apprécié comme découlant simplement de l'applicabilité des droits conventionnels. En effet, les libellés des articles 8 ou 2 de la CEDH prescrivent l'application d'un tel contrôle. Il est fait référence en effet à la « nécessité de l'ingérence dans une

²¹⁶ CE, 2 septembre 2009, *Association Réseau d'Alerte et d'Intervention pour les Droits de l'Homme*, n°318584 (JCP-A, 26 octobre 2009, n°2253, note F. Dieu).

²¹⁷ CEDH, Grd ch., 27 septembre 1995, *Mc Cann et autres c/ Royaume-Uni*, n°18984/91, §§ 148-149, A.324 (GACEDH, n°10).

²¹⁸ Sur cet exemple jurisprudentiel, voy. les développements de L. Fermaud (Partie III, Chapitre II).

société démocratique » ou à « l'absolue nécessité » du recours à la force meurtrière. L'application de ces dispositions induit donc *ipso facto* un contrôle de proportionnalité. Bien sûr, la Cour EDH a largement explicité l'étendu ce contrôle en précisant les divers éléments à prendre en compte en chaque matière, et le juge administratif se conforme à ces indications prétoriennes. Est par conséquent beaucoup plus audacieuse, la pratique du juge administratif tendant à emprunter les raisonnements propres au juge européen alors même qu'aucune disposition européenne n'est appliquée.

B- L'emprunt de raisonnements développés par le juge européen

Certains arrêts du juge administratif donnent l'impression au lecteur que le juge des droits de l'homme était derrière ce dernier pour lui souffler les motifs... En effet, si l'on met de côté la traditionnelle rédaction laconique et se concentre sur l'argumentation mobilisée par le juge interne, une analogie dans le raisonnement peut être constatée, et ce, alors même qu'aucune disposition conventionnelle n'est appliquée par ce dernier (1°). Si la réceptivité de la jurisprudence européenne se constate ainsi à travers les termes employés par le juge administratif et son raisonnement, la lecture des conclusions des rapporteurs publics permet de la confirmer (2°).

1 - Un raisonnement similaire nonobstant l'inapplication des garanties européennes

La jurisprudence du juge administratif relative au rétrécissement de la catégorie des mesures d'ordre intérieur en

matière pénitentiaire illustre parfaitement ce phénomène²¹⁹. En effet, à la lecture des arrêts du Conseil d'Etat, on ne peut que remarquer que, sans appliquer les dispositions conventionnelles, ce dernier, pour ouvrir le recours pour excès de pouvoir, utilise le même mode de raisonnement que celui mobilisé par la Cour EDH sous l'angle de plusieurs dispositions conventionnelles diverses. Rappelons que le Conseil d'Etat, dans son célèbre arrêt *Marie*²²⁰, a posé les critères permettant de transformer une mesure d'ordre intérieur en décision faisant grief : la nature et la gravité de la mesure. A cette époque, il s'agissait de critères cumulatifs ; depuis l'arrêt *Remli*²²¹, le Conseil d'Etat a fait de ces critères des critères alternatifs. La jurisprudence, depuis lors, est abondante²²² et s'inspire indubitablement du raisonnement et

²¹⁹ Pour une analyse des résultats de cette réceptivité à la logique conventionnelle, voy. les développements de L. Fermaud (Partie III, Chap. 2, spéc. p. 471 et s.).

²²⁰ CE, Ass., 17 février 1995, *Marie*, n° 97754, Rec. CE p.84 (*RFDA*, 1995, p.353, concl. P. Frydman ; *RSC*, 1995, p.621, note M. Herzog-Evans ; *RFDA*, 1995, p.822, note F. Moderne et J.-P. Céré ; *LPA*, 4 août 1995, n° 93, p.28, note A. Oteko ; *AJDA*, 1995, p.379, chron. L. Touvet et J.-H. Stahl).

²²¹ CE, 30 juillet 2003, *Remli*, n°252712 (*AJDA*, 2003, p.2090, note D. Costa ; *D.*, 2003, p.2331, note M. Herzog-Evans).

²²² Notons de plus que le Conseil d'Etat a adopté une approche plus rationnelle, plus systématique en la matière, notamment en réfléchissant par catégorie de mesure pour favoriser un meilleur accès du détenu au juge *via* une meilleure visibilité, favorisant ainsi une certaine prévisibilité. Voy. à cet égard, CE, Ass., 14 décembre 2007, *Ministre de la justice, Garde de Sceaux c/ M. Boussouar*, n°290730 et *M. Planchenault*, n°290420 (*RFDA*, 2008, p.87, concl. M. Guyomar ; *JCP-G*, 2008, II-10036, note U. Ngampio-Obélé-Bélé). Des arrêts plus récents appliquent cette logique : CE, 26 novembre 2010, *Bompart*, n°329564 (sur les modalités essentielles de l'organisation des visites) (*AJDA*, 2010, p.2285) ; CE, 28 mars 2011, *Garde des sceaux, ministre de la justice c/ Bennay*, n°316977 (sur le système des régimes différenciés) (*AJ Pénal*, 2011, p.408, note G. Cliquennois et M. Herzog-Evans). Ainsi, une « présomption irréfragable de justiciabilité » est mise en œuvre s'agissant de certaines mesures. Pour le reste, le Conseil d'Etat statue

des méthodes de contrôle du juge européen. Notamment, en ayant égard « à l'importance des effets [d'une mesure d'isolement par ex.] sur les conditions de détention »²²³, le juge administratif emprunte le raisonnement que réalise la Cour EDH sous l'angle de plusieurs dispositions conventionnelles. En premier lieu, bien sûr, il emprunte le raisonnement développé par la Cour sous l'angle de l'article 13 de la CEDH, relatif au droit à un recours effectif. En effet, d'une manière générale, la Cour EDH apprécie les effets d'une mesure pénitentiaire, qu'un détenu aurait souhaité contester devant le juge interne, sur la condition de ce dernier et la protection de ses droits. Dès lors que cette mesure emporte une ingérence dans un droit garanti par la Convention, un recours juridictionnel est exigé. Dans l'arrêt *Keenan c/ Royaume-Uni*²²⁴, relatif au suicide d'un détenu condamné à un isolement disciplinaire et dans l'impossibilité de contester cette décision, la Cour juge que le requérant, « puni dans des conditions révélant une violation de l'article 3 de la Convention (...), était en droit, de par l'article 13 de la Convention, de disposer d'un recours visant à annuler cette sanction avant qu'elle ne soit exécutée ou parvenue à son terme » (§127). De même, dans l'arrêt *Ramirez-Sanchez c/ France*²²⁵, relatif à un isolement d'une durée de huit ans, la Cour EDH est d'avis que, « compte tenu de l'importance des répercussions d'une mise à l'isolement prolongée pour un détenu, un recours effectif permettant à celui-ci de contester aussi bien la forme

au cas par cas et examine *in concreto* l'impact de la mesure sur un droit fondamental.

²²³ CE, 30 juillet 2003, *Remli*, préc.

²²⁴ Cour EDH, 3 avril 2001, *Keenan c/ Royaume-Uni*, n°27229/95, Rec. 2001-III (*JCP-G*, 2001, I-342, n° 5, chron. F. Sudre).

²²⁵ Cour EDH, Gde Ch., 4 juillet 2006, *Ramirez-Sanchez c/ France*, n°59450/00, Rec. 2006-IX (*RTDH*, janvier 2007, p.249, note P. Poncela).

que le fond, et donc les motifs, d'une telle mesure devant une instance juridictionnelle est indispensable » (§165).

En deuxième lieu, le juge administratif emprunte également le raisonnement que la Cour EDH applique sous l'angle de l'article 6 §1 de la CEDH, s'agissant du droit d'accès au juge. En effet, par exemple, dans son arrêt *Stegarescu et Bahrin c/ Portugal*²²⁶, relatif à un détenu se plaignant de n'avoir pas pu saisir un juge contre son placement en cellule de sécurité, la Cour EDH estime que « l'existence d'une procédure judiciaire permettant d'attaquer des actes ayant des répercussions importantes sur les droits civils des détenus est nécessaire pour réaliser le juste équilibre entre, d'une part, la prise en compte des contraintes du monde carcéral auxquelles doit faire face l'Etat, et d'autre part, la protection des droits du détenu » (§50).

En troisième lieu, le Conseil d'Etat emprunte le raisonnement que la Cour EDH réalise sous l'angle de l'article 6 §1 de la CEDH dans le but d'appliquer aux procédures disciplinaires carcérales les garanties du droit à un procès équitable, par le biais d'une interprétation dynamique de la « matière pénale ». D'une manière générale c'est le troisième critère de la jurisprudence *Engel* définissant la « matière pénale »²²⁷ qui fait tomber une procédure disciplinaire dans le champ pénal, à savoir la gravité de la sanction²²⁸. A l'instar de la

²²⁶ Cour EDH, 6 avril 2010, *Stegarescu et Bahrin c/ Portugal*, n°46194/06.

²²⁷ La Cour EDH dans son arrêt *Engel c/ Pays-Bas* (8 juin 1976, n°5100/71, A.22, *GACEDH* n°4 ; *CDE*, 1978, p.364, chron. G. Cohen-Jonathan ; *JDI*, 1978, p.695, obs. P. Rolland) a posé les trois critères constitutifs de la matière pénale, et les a transposés au domaine carcéral par l'arrêt *Campbell et Fell* (28 juin 1984, n°7819/77, A.80, *JDI*, 1986, p.1058, obs. P. Tavernier). Il s'agit de la qualification en droit interne de l'infraction, de la nature de l'infraction et de la nature et la gravité de la sanction.

²²⁸ Par exemple, dans l'arrêt *Payet c/ France* (20 janvier 2011, n°19606/08 ; *JCP-G*, 14 février 2011, p.322, n°184, notre chron. ; *Gaz. Pal.*, 21 avril 2011, n°111, p.11, comm. E. Senna) dans lequel le détenu se plaignait d'un

Cour EDH, le Conseil d'Etat utilise ce critère de la gravité de la sanction en appréciant la gravité de la mesure litigieuse.

Enfin, en quatrième lieu, mais de manière davantage implicite, le juge administratif se conforme plus largement au raisonnement qu'avait développé la Cour EDH dans son arrêt *Kudla c/ Pologne*²²⁹, dans lequel cette dernière avait enrichi le contenu de l'article 3 de la CEDH du « *droit à des conditions de détention conformes à la dignité humaine* ». Il s'agit en effet aussi bien pour le juge européen que pour le juge national de faire bénéficier le détenu de conditions de détention qui ne contribuent pas à aggraver le niveau de souffrances inhérent à toute peine privative de liberté. Ainsi, le détenu, eu égard à sa dignité d'être humain, ne doit pas souffrir de ses conditions de vie d'une manière qui excède ce qui est inhérent à sa privation de liberté. Si tel est le cas, il doit pouvoir, à l'instar de tout individu (libre), saisir un juge pour statuer sur la mesure litigieuse à l'origine de ses souffrances. Notons à cet égard que cette jurisprudence *Kudla c/ Pologne* a également fortement inspiré le juge administratif en matière de responsabilité pour faute puisque dans un jugement du Tribunal administratif de

placement en quartier disciplinaire pendant 45 jours, la Cour refusa d'appliquer l'article 6§1 CEDH en raison de l'absence de gravité de la sanction et en dépit de la nature pénale de l'infraction (puni pour évasion). A l'inverse, dans l'arrêt *Ezhé et Connors* (Gde Ch., 9 octobre 2003, n°39665/98, Rec. 2003-X ; *Revue Droit Pénal*, n°6, juin 2004, p.6, note E. Vergès ; *RDP*, 2004, p.808, chron. C. Picheral ; *JCP-G*, 2004, I-107, chron. F. Sudre), confrontée à une perte de remise de peine, la Cour EDH accepte d'appliquer l'article 6§1.

²²⁹ Cour EDH, Gde Ch., 26 octobre 2000, *Kudla c/ Pologne*, n°30210/96, Rec. 2000-XI (*GACEDH* n°14 ; *RTD civ.*, 2001, p.442, obs. J.-P. Marguénaud ; *JCP-G*, 2001, I-291, n°6 chron. F. Sudre ; *RTDH*, 2002, p.169, note J.-F. Flauss).

Rouen du 27 mars 2008²³⁰, le juge accepte pour la première fois d'engager la responsabilité pour faute de l'Administration pénitentiaire en raison de l'incarcération du requérant « *dans des conditions n'assurant pas le respect de la dignité inhérente à la personne humaine* ». Le TA conclut ainsi eu égard à « *la durée particulièrement longue de l'encellulement dans [des conditions non respectueuses des règles d'hygiène et de salubrité], à la taille des cellules, à la promiscuité et l'absence de respect de l'intimité du requérant (..)* ». Là aussi, on ne peut que constater que le raisonnement du juge interne se calque sur celui du juge européen, notamment, il mobilise la même méthode de contrôle. Ce dernier, en effet, a recours classiquement à la théorie dite des « effets cumulatifs » pour conclure à une violation de l'article 3 de la CEDH lorsqu'il est amené à se prononcer sur la conventionnalité de conditions matérielles de détention qui seraient objectivement inacceptables. La similitude du raisonnement du juge interne aux solutions européennes s'impose par conséquent, et ce, malgré l'absence de référence à un quelconque droit conventionnel. Une acclimatation du juge administratif à la « logique » européenne peut dès lors être affirmée. Les conclusions des rapporteurs publics le confirment, mais surtout constituent un puissant moteur de cette acclimatation.

2 - Une influence significative des conclusions des rapporteurs publics

Les conclusions des rapporteurs publics sont un puissant révélateur de la réceptivité en droit interne du droit européen. En

²³⁰ TA de Rouen, 27 mars 2008, n°0602590 (*AJ pénal*, 2008, p.245, obs. E. Péchillon ; *RSC*, 2008, p.972, obs. P. Poncela ; *Rev. pénit.*, 2008, p.413, obs. J.-P. Céré).

toute indépendance et impartialité – bien que ces qualités furent mises en cause par la Cour EDH²³¹ - le rapporteur public (ex commissaire du gouvernement) a pour tâche de proposer à la formation de jugement une vision du litige, une proposition de la solution à donner au contentieux dont elle est saisie. A cet occasion, il ne sera pas rare que les conclusions fassent référence aux droits européens et notamment à la jurisprudence y relative. Soit, que le rapporteur public, par souci d'exhaustivité, décrive le contexte systémique entourant le contentieux d'espèce ; soit, que le rapporteur public utilise le droit européen comme un instrument encourageant l'évolution de la jurisprudence interne. L'assistance technique que constitue le rapporteur public auprès de la formation de jugement milite en faveur de l'idée que ses conclusions sont un vecteur manifeste de la jurisprudence européenne et favorisent ainsi l'acclimatation du juge interne aux droits européens tels que développés par leur juge respectif. Cette acclimatation au droit européen *via* les conclusions du rapporteur est d'autant plus notable lorsque le juge administratif « raisonne » d'une manière analogue au juge européen sans pour autant se fonder explicitement sur une garantie européenne.

L'exemple du contentieux des mesures d'ordre intérieur et notamment du rétrécissement de leur champ d'application en milieu carcéral est caractéristique. A l'occasion de l'arrêt *Marie* (préc.), le Commissaire du Gouvernement P. Frydman, dans ses conclusions, avait encouragé un revirement de jurisprudence en la matière eu égard principalement à quatre points : aux « *effets de droit et de fait* » qu'emportent les punitions infligées aux détenus (aggravation des conditions matérielles de détention,

²³¹ Sur ce contentieux, v. infra L. Fermaud, Partie III, chap. 2, spéc. p. 476 et s.

possibilités amoindries d'obtenir une libération conditionnelle...)²³², « à l'évolution récente qu'à connu notre droit en direction d'un rétrécissement du domaine des mesures d'ordre intérieur »²³³, aux « obligations résultant de certains engagements internationaux souscrits par la France et, tout particulièrement, de la Convention européenne » (articles 6 et 13)²³⁴, et enfin, au mouvement général de reconnaissance au profit des détenus de droits de l'individu, évolution d'ailleurs « aujourd'hui stimulée par des 'règles pénitentiaires européennes' »²³⁵. Les garanties conventionnelles étaient ainsi mentionnées et la jurisprudence européenne y relative également. Dans le même sens, le rapporteur public M. Guyomar, dans ses conclusions rendues sur les arrêts *Boussouar* et *Planchenault* (préc.), se réfère à la jurisprudence pertinente de la Cour EDH. Il précise en effet explicitement que « ce mouvement général répond aux exigences qui découlent de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme telles qu'elles résultent de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg »²³⁶ et procède à une longue analyse très détaillée de

²³² Concl. préc. spéc. pp. 355-357.

²³³ Concl. préc. spéc. pp. 357-359. Précisément dans le domaine pénitentiaire, nous pouvons citer par exemple en ce sens, l'arrêt du Conseil d'Etat, *Cherbonnel* du 15 janvier 1992 (n°97149, Rec. CE p.19 ; *RFDA*, 1993, p.1331, concl. F. Scanvic), dans lequel le juge administratif précise qu'une décision non écrite du directeur d'établissement relative à l'accès à la cantine et à l'organisation des repas est une décision faisant grief susceptible de recours en excès de pouvoir. En l'espèce, le Commissaire du Gouvernement avait insisté sur l'impossibilité d'admettre que « les détenus qui se verraient privés d'un droit aussi essentiel pour l'homme que celui de se nourrir ne pourraient trouver de juge acceptant de mettre un terme à ce qui relèverait d'un abus de pouvoir » (concl. préc. spéc. p.1133).

²³⁴ Concl. préc. spéc. pp. 359-362.

²³⁵ Concl. préc. spéc. pp. 362-363.

²³⁶ Concl. préc. spéc. p.90.

la jurisprudence de la Cour EDH relative aux articles 3, 8, 6 §1 et 13 de la Convention²³⁷. Le droit européen constitue donc bel et bien un fondement, parmi d'autres, encourageant la correction du droit administratif, son évolution. La sensibilité de certains rapporteurs publics au droit européen est dès lors notable et vectrice d'une réceptivité du juge interne.

A *fortiori*, lorsque le droit européen sera invoqué et appliqué par le juge administratif dans tel ou tel contentieux, les conclusions des rapporteurs publics révéleront ce souci de mettre en conformité les pratiques internes aux exigences européennes.

Tel fut le cas à l'occasion de l'arrêt *Perreux*²³⁸, solution marquant l'abandon de la jurisprudence *Cohn-Bendit*²³⁹. Après avoir relevé que le désaccord entre la jurisprudence du Conseil d'Etat et celle de la CJUE (rappelée également de manière très détaillée dans les conclusions) porte uniquement sur le refus de confronter directement un acte administratif non réglementaire aux dispositions précises et inconditionnelles d'une directive non encore transposée, M. Guyomar insiste sur le contexte actuel justifiant une évolution de la jurisprudence et estime que « *s'agissant de l'application du traité, nous croyons nécessaire (...) de nous intéresser non seulement à la jurisprudence de celle qui en constitue le gardien naturel mais également aux solutions retenues par les juridictions suprêmes des autres États de l'Union européenne, pratiquant ce faisant ce que l'on pourrait qualifier, pour emprunter à la terminologie de la Cour de Luxembourg, de dialogue des juges « horizontal ».* Il est

²³⁷ Concl. préc. spéc. pp. 90-91.

²³⁸ CE, Ass., 30 octobre 2009, *Mme Perreux*, n°298348 (*RFDA*, 2009, p.1125, concl. M. Guyomar ; *RFDA*, 2010, p.126, note M. Canedo-Paris).

²³⁹ CE, Ass. 22 décembre 1978, *Cohn-Bendit*, n°11604 (*RTD eur.*, 1979, p.169, concl. B. Genevois et note L. Dubouis).

frappant de relever que toutes les cours européennes dont nous avons étudié la jurisprudence se sont progressivement alignées sur la position de la Cour de Luxembourg et ont admis l'effet direct vertical ascendant des directives »²⁴⁰.

Un autre exemple peut être cité dans le même sens, celui de la jurisprudence *Parent et a.*²⁴¹. Amené à se prononcer sur le raisonnement du Conseil d'Etat tendant à faire de la notion de « tribunal au sens de l'article 6§1 CEDH » une condition d'applicabilité du droit à un procès équitable, le rapporteur public, soucieux de se calquer sur la jurisprudence de Strasbourg, estime que le Conseil d'Etat raisonne « à l'envers » et rappelle que « *c'est parce que l'article 6 § 1 de la Convention européenne leur est applicable que certains organismes administratifs peuvent être qualifiés de 'tribunal au sens de l'article 6' et non l'inverse. En d'autres termes, nous réfutons l'idée que cette qualification puisse commander, à elle seule, l'application de certaines garanties propres aux juridictions. Cette notion de « tribunal au sens de » doit être comprise, puisqu'elle existe, pour ce qu'elle est : la conséquence de l'applicabilité partielle de l'article 6 de la Convention européenne et non sa condition* »²⁴². Le rapporteur public, ayant posé ce postulat essentiel, poursuit ses conclusions en s'attachant à expliciter la jurisprudence européenne relative au paragraphe 3 de l'article 6 puisqu'était en cause en l'espèce l'application des garanties procédurales contenues au sein de ce paragraphe 3 à la procédure devant la Commission des sanctions de l'Autorité des marchés financiers.

²⁴⁰ Concl. préc.

²⁴¹ CE, 27 octobre 2006, *M. Parent et autres*, n°276069 (*Bull. Joly, Bourse*, 2007, p.80, §6, concl. M. Guyomar ; *AJDA*, 2007, p.80, note M. Collet)

²⁴² Concl. préc.

Enfin, un dernier exemple est à mentionner, celui de l'arrêt *Conseil national des Barreaux*²⁴³, dans lequel le Conseil d'État se déclare compétent pour contrôler la compatibilité d'une directive communautaire à la Convention EDH. La Haute juridiction précise qu'en l'absence de difficulté sérieuse, elle peut constater la compatibilité, mais à défaut, elle doit saisir la CJUE d'une question préjudicielle en appréciation de validité. Motivée par le souci de protéger davantage les droits fondamentaux sur le territoire de l'Union européenne, en conformité avec la jurisprudence de Luxembourg et celle de Strasbourg, cette solution était bienvenue et confirme l'existence d'un ordre public européen protégé de manière effective par le juge interne. A cet égard d'ailleurs, le rapporteur public précisait à la formation de jugement que « *l'espace juridique européen que nous partageons est fondé sur des valeurs communes : votre décision aura d'autant plus d'éclat et de portée qu'elle sera fondée sur le respect des droits fondamentaux protégés dans le cadre européen dont nous sommes tous ensemble, juridictions européennes et nationales, les ultimes garants* »²⁴⁴. Le rapporteur public se présente par conséquent comme un vecteur essentiel des exigences européennes et dès lors fait office d'intermédiaire favorisant, habilement et progressivement, l'acclimatation du juge interne aux droits européens et à leur logique respective.

Le juge administratif, toutefois, ne se contente pas de « s'adapter » aux droits européens, de « s'accommoder » à ces derniers, il lui arrive également d'aller plus loin que les

²⁴³ CE, 10 avril 2008, *Conseil national des Barreaux*, n°296845 (RFDA, 2008, p.575, concl. M. Guyomar ; AJDA, 2008., p.1085, chron. J. Boucher et B. Bourgeois-Machureau ; RFDA, 2008, p.711, comm. H. Labayle et R. Mehdi).

²⁴⁴ Concl. préc.

exigences posées par les juges européens. La réceptivité au droit européen atteint là son paroxysme.

§ II - UNE RECEPTIVITE CONSTRUCTIVE

Le juge administratif ne se contente pas de simplement réceptionner la jurisprudence européenne. En effet, conformément à son rôle de juge de droit commun des droits européens, il n'hésite pas à interpréter de son propre chef les garanties européennes et par la même à étendre les interprétations européennes. Un réel dynamisme peut être constaté et à cet égard peu lui importe que cet enrichissement jurisprudentiel ait seulement un effet dans l'ordre juridique interne ou trouve ensuite un écho dans la jurisprudence européenne. Plus précisément, trois types de comportements adoptés par le juge administratif peuvent être caractérisés : l'extension (A), le dépassement (B) et l'anticipation de la jurisprudence européenne (C).

A- L'extension de la jurisprudence européenne

Est ici visée l'hypothèse où le juge administratif se prononce sur des situations non encore soumises au contrôle du juge européen ou dont ce dernier a pu connaître et va au-delà de la jurisprudence européenne classique, tout en jugeant en conformité à la logique européenne. Un certain nombre de solutions adoptées par le juge administratif révèlent sans aucun doute une interprétation dynamique des garanties européennes, notamment des garanties conventionnelles, faisant ainsi écho à la politique jurisprudentielle traditionnellement adoptée par la Cour EDH. En effet, d'une manière générale, celle-ci, par le biais de la technique des notions autonomes ou de celle de l'effet horizontal, ainsi que par le biais de la théorie de

l'inhérence ou des obligations positives, n'hésite pas à étendre le champ d'application des droits ou à enrichir le contenu des droits. Ce dynamisme interprétatif, présent dans l'ordre juridique européen, influence donc naturellement le juge administratif. Plusieurs exemples peuvent être explicités. Tout d'abord dans le domaine du contentieux des étrangers et du droit au respect de la vie familiale, le Conseil d'Etat, dans son arrêt *Ministre des affaires sociales c/ Mme B.*²⁴⁵, estime que « *même en l'absence d'un lien de filiation* », un étranger peut bénéficier du droit au regroupement familial dès que lors que le respect de sa vie privée et familiale en dépend. La Haute juridiction administrative, en l'absence de jurisprudence européenne sur cette question, adopte ainsi une définition extensive de la notion de « vie familiale » contenue au sein de l'article 8 de la CEDH. Même si généralement la Cour EDH adopte une conception plus étroite de la vie familiale dans le cadre du contentieux des étrangers, sa jurisprudence met suffisamment l'accent sur le critère d'effectivité des liens pour qu'une vie familiale sans adoption en bonne et due forme puisse être reconnue. Elle estime d'ailleurs en ce sens qu'une vie familiale « projetée » peut relever du champ d'application de l'article 8 dès lors que le fait qu'elle n'existe pas encore n'est pas imputable au

²⁴⁵ CE, 24 mars 2004, *Ministre des affaires sociales c/ Mme B.*, n°249369 (AJDA, 2004, p.1425, note A.-M. Tournepiche). Mme B., ressortissante marocaine résidant en France et dont la loi nationale ne lui permettait pas de recourir à l'adoption, s'était vu conférer la responsabilité de subvenir aux besoins et à l'éducation d'une enfant (N.), marocaine, résidant au Maroc, et n'ayant plus aucune attache familiale dans son pays d'origine. Il s'agissait d'une décision marocaine de mise sous tutelle (« Kafala »), non-assimilable à une adoption. Eu égard à l'absence de lien de filiation entre Mme B. et l'enfant N. (l'ordonnance sur les étrangers du 2 novembre 1945 exige en effet l'existence d'un lien de filiation pour que soit accordé le bénéfice d'un regroupement familiale), le Préfet refusa de délivrer à Mme B. l'autorisation d'entrer en France qu'elle avait sollicitée au bénéfice de l'enfant N.

requérant²⁴⁶. Sur le terrain des conditions d'exercice du droit au respect de la vie familiale, une interprétation extensive peut également être relevée dans l'arrêt *Mme Cheglali*²⁴⁷. En effet, le Conseil d'Etat admet en l'espèce que la reconnaissance de la qualité d'apatride par l'Office français de protection des réfugiés et apatrides à un enfant mineur peut faire obstacle à une mesure d'éloignement du parent en cas de rupture des liens familiaux, alors même que la Cour EDH ne s'est jamais prononcée sur cette question. Toujours dans le domaine du contentieux des étrangers, mais sous l'angle du droit au respect de la vie privée, le Conseil d'Etat a admis à plusieurs reprises l'invocabilité de l'article 8 de la CEDH dans le cas d'un couple homosexuel dont un membre est menacé d'éloignement²⁴⁸. Bien que la Cour EDH n'ait jamais eu à se prononcer sur un tel contentieux²⁴⁹, sa jurisprudence relative aux couples homosexuels est suffisamment protectrice sous l'angle de l'article 8²⁵⁰, surtout

²⁴⁶ En ce sens, Cour EDH, 22 juin 2004, *Pini et autres c/ Roumanie*, n°78028/01 et 78030/01, §§ 143 et 146 (Rec. 2004-IV) ; Cour EDH, 21 décembre 2010, *Anayo c/ Allemagne*, n°20578/07, §57.

²⁴⁷ CE, 9 novembre 2007, *Mme Cheglali*, n° 261305 / 261354 (AJDA, 2007, p.2371, obs. J. Boucher et B. Bourgeois-Machureau).

²⁴⁸ CE, 28 avril 2000, *Préfet des Alpes Maritimes c/ M. Maroussitch*, n°208925 (atteinte à la vie privée d'un étranger, compagnon d'un français souffrant d'un handicap physique) ; CE, 29 juin 2001, *Préfet de la haute Garonne c/ M. Zahri*, n°224166 (applicabilité du droit au respect de la vie privée à un étranger homosexuel ayant conclu un PACS) ; CE, 9 février 2004, *Préfet de police c/ M. Dante*, n°243514 (appliquant le droit au respect de la vie privée, le juge ne prend pas en compte que la date de conclusion du PACS, mais la durée réelle de la vie commune).

²⁴⁹ Notons qu'une requête est actuellement pendante devant la Cour EDH (*K.N. c/ France*, n°47129/09), relative au risque allégué de décès et de mauvais traitements en cas de renvoi d'un homme homosexuel en Iran.

²⁵⁰ En effet, la Cour EDH admet largement l'applicabilité de l'art. 8 CEDH, qu'il s'agisse de contentieux relatifs à l'adoption (Cour EDH, 22 janvier 2008, *E.B. c/ France*, n°43546/02, *JCP-G*, 2008, II-10071, note F. Sudre et

s'agissant du droit au respect de la vie privée, pour admettre que la solution du juge administratif est conforme aux exigences européennes.

Sous l'angle à présent de l'article 2 de la CEDH, le Conseil d'Etat a adopté une jurisprudence protectrice de la vie, notamment à l'égard des personnes vulnérables, telles que les personnes placées entre les mains des forces de l'ordre. En effet, dans son arrêt *Association Réseau d'Alerte et d'Intervention pour les Droits de l'Homme*²⁵¹, le Conseil d'Etat va au-delà de la jurisprudence européenne dans la mesure où il ne se contente pas d'appliquer l'article 2, à l'instar de la Cour EDH, dans des contentieux où la violence publique meurtrière a été effectivement utilisée, mais l'applique également dans des contentieux où l'on se situe en amont de la décision prise par les agents de la force publique de recourir à la force²⁵². Le Conseil d'Etat accepte ainsi d'effectuer un contrôle préventif de la compatibilité des réglementations nationales avec l'article 2 de la Convention. En l'espèce, en effet, il juge que l'utilisation du Taser est susceptible d'être nocive pour la santé, notamment, elle peut aller jusqu'à provoquer « *directement ou indirectement la mort des personnes visées* ».

Toujours dans le cadre de la protection de la vie, notons que le Conseil d'Etat a réalisé une extension du standard conventionnel, mais sur la base du seul droit interne et sans

A. Gouttenoire), à la parentalité (Cour EDH, 21 décembre 1999, *Salgueiro Da Silva Mouta c/ Portugal*, n°33290/96, rec. 1999-IX) ou aux droits sociaux (Cour EDH, 22 juillet 2010, *P.B. et J.S. c/ Autriche*, n°18984/02).

²⁵¹ CE, 2 septembre 2009, *Association Réseau d'Alerte et d'Intervention pour les Droits de l'Homme*, n°318584, préc.

²⁵² En ce sens, F. Dieu, note sous l'arrêt *Association Réseau d'Alerte et d'Intervention pour les Droits de l'Homme*, préc. ; et M. Afroukh, art. RFDA préc., spéc. p.1155.

mobiliser l'article 2 de la CEDH, pour accorder une protection accrue aux proches d'un détenu suicidé. En effet, si à l'origine, le Conseil d'Etat exigeait en la matière une faute lourde de l'Administration, il a ensuite accepté d'engager la responsabilité des services pénitentiaires sur le fondement « *d'une succession de fautes imputables au service pénitentiaire* »²⁵³, puis a sans équivoque appliqué un régime de responsabilité pour faute simple²⁵⁴. Or, dans l'hypothèse d'un suicide en détention, il est permis de noter qu'une « *faute simple est plus aisée à établir que le manquement à l'obligation positive de protéger la vie tirée de l'article 2* »²⁵⁵ - laquelle est interprétée « *de manière à ne pas imposer aux autorités un fardeau insupportable ou excessif, sans perdre de vue les difficultés qu'ont les forces de l'ordre à exercer leurs fonctions dans les sociétés contemporaines, l'imprévisibilité du comportement humain et les choix opérationnels à faire en matière de priorités et de ressources* »²⁵⁶. En conséquence, deux conditions cumulatives sont exigées en vertu de la jurisprudence européenne, pour engager la responsabilité des autorités : d'une part, « *il doit être établi que les autorités savaient ou auraient dû savoir sur le moment qu'un individu donné était menacé de manière réelle et immédiate dans sa vie* » et, d'autre part, que ces dernières « *n'ont pas pris, dans le cadre de leurs pouvoirs, les mesures*

²⁵³ CE, 23 mai 2003, *Chabba*, n°244663, Rec. p.240 (AJDA, 2004, p.157, note N. Albert ; JCP-A, 2003, p.1751, note J. Moreau ; *Droit administratif*, 2003, com. 44, M. Lombard).

²⁵⁴ CE, 9 juillet 2007, *Delorme*, n°281205 (LPA, n°202, oct. 2007, p.14, concl. M. Guyomar ; AJDA, 2007, p.2094, note H. Arbousset).

²⁵⁵ M. Afroukh, art. *RFDA* préc., spéc. p.1163.

²⁵⁶ Par ex., Cour EDH, 16 octobre 2008, *Renolde c/ France*, n° 5608/05, §82 (JCP-G, 2008, II-10196, notre note ; *AJ Pénal*, 2009, p.42, obs. J.-P. Céré ; *RDP*, 2009, p.900, chron. M. Levinet). Il s'agit de la première condamnation de l'Etat français en raison de l'absence de prévention du suicide d'un détenu en maison d'arrêt.

qui, d'un point de vue raisonnable, auraient sans doute pallié ce risque » (§78)²⁵⁷. Ainsi, la Cour EDH se heurte souvent à l'impossibilité d'établir qu'un détenu allait se suicider²⁵⁸ et, d'une manière générale, elle estime les mesures adoptées par les autorités satisfaisantes²⁵⁹. Si le juge européen a indéniablement assurée une protection effective de la vie des détenus par une interprétation dynamique de l'article 2 de la CEDH, il faut toutefois souligner que le juge interne a dépassé ce standard en facilitant l'engagement de la responsabilité des autorités pénitentiaires *via* le système de la faute simple.

Le juge administratif n'hésite pas également à interpréter de manière dynamique les garanties communautaires. Mentionnons tout d'abord en guise d'illustration, l'interprétation extensive de la notion de « profession réglementée » dans la fonction publique réalisée par le Conseil d'Etat dans son arrêt *Leseine et Warnimont*²⁶⁰. A travers cette solution, le Conseil d'Etat s'inscrit de manière manifeste dans la politique jurisprudentielle menée par la Cour de Justice. D'une part, il cite expressément

²⁵⁷ Par ex., Cour EDH, 3 avril 2001, *Keenan c/ Royaume-Uni*, Rec. 2001-III, §90 (*JCP-G*, 201, I-342, n°5, chron. F. Sudre) ; Cour EDH, 1^{er} juin 2006, *Tais c/ France*, §97 (*AJ Pénal*, 2006, n°10, p.403, obs. C. Saas) ; Cour EDH, 16 octobre 2008, *Renolde c/ France*, préc., §85.

²⁵⁸ Cour EDH, 16 novembre 2000, *Tanribilir c/ Turquie*, §79, n°21422/93 (*JCP-G*, 2001, I-291, n°4, chron. F. Sudre) ; Cour EDH, 27 juillet 2004, *A.A. et autres c/ Turquie*, §50, n°30015/96 ; Cour EDH, 23 février 2010, *Nurten Deniz Bülbül c/ Turquie*, §36, n°4649/05.

²⁵⁹ Par exemple, Cour EDH, 3 avril 2001, *Keenan c/ Royaume-Uni*, Rec. 2001-III (*JCP-G*, 201, I-342, n°5, chron. F. Sudre) ; Cour EDH, 5 juillet 2005, *Troubnikov c/ Russie*, n°49790/99.

²⁶⁰ CE, 4 février 2004, *Leseine et Warnimont*, n°225310, Rec. CE p.23 (*AJDA*, 2004, p.554, note J.-M. Lemoyne de Forges).

la jurisprudence communautaire pertinente²⁶¹ et, d'autre part, il estime, sur ce fondement, que bien que cette profession ne soit pas réglementée en France dans la mesure où il est possible de l'exercer dans le secteur privé sans détenir un diplôme, l'activité d'éducateur spécialisé dans la fonction publique territoriale doit être regardée comme une profession réglementée car l'accès au cadre d'emploi des assistants territoriaux sociaux-éducatifs de la fonction publique territoriale est subordonné à la possession d'un diplôme²⁶². Ainsi, en l'espèce, faute de prévoir un régime permettant, pour se présenter aux concours de la fonction publique territoriale, de tenir compte des acquis de l'expérience²⁶³, la réglementation²⁶⁴ est contraire au droit communautaire.

Toujours dans le contentieux de la fonction publique, l'arrêt de la Cour administrative d'appel de Nantes du 16 mai 2002²⁶⁵ peut également être cité au titre des interprétations extensives. Celle-ci a en effet transposé au droit de la fonction publique territoriale la solution retenue quelques mois plus tôt par la Cour de Justice dans son arrêt *Mouflin*²⁶⁶, en affirmant que l'article 21

²⁶¹ CJCE, 9 septembre 2003, *Burbaud*, aff. C-285/01, Rec. CJCE 2003, I, p. 8219 (*Europe*, 2003, comm. 356).

²⁶² Notons que cette analyse a été confirmée quelques mois plus tard par la Cour de Justice : CJCE, 7 octobre 2004, *Commission c/ France*, aff. C-402/02 (*JCP-A*, 2004, n°47, 1752, note Ch. Ferrari-Breur).

²⁶³ La Cour de Justice estime (CJCE, 8 juillet 1999, *Fernandez de Bobadilla*, aff. C-234/97, Rec. CJCE 1999, I, p. 4773 ; *Europe*, 1999, comm. 335) que les Etats doivent examiner le niveau d'équivalence des diplômes « assorti le cas échéant d'une expérience pratique ». L'examen de l'équivalence doit se faire en tenant compte de l'expérience acquise postérieurement à l'obtention du diplôme.

²⁶⁴ Le décret n°94-471 du 30 août 1994.

²⁶⁵ CAA Nantes, 16 mai 2002, *Caisse des dépôts et consignations*, n°01NT02301.

²⁶⁶ CJCE, 13 décembre 2001, *Mouflin*, aff. C-206/00 (*JCP-A*, 2003, n°1294, obs. A. Taillefait ; *Dr. soc.*, 2002, p.178, note M.-T. Lanquetin).

du décret du 9 septembre 1965²⁶⁷ introduisait une différence de traitement selon le sexe de l'agent qui ne repose sur aucune justification fondée sur l'objet ou la réglementation du droit à pension de retraite d'un agent public. Dans son arrêt *Mouflin*, relatif à un professeur d'école dont l'épouse était décédée et qui avait demandé en vain le bénéfice de l'article L. 24-I-3° b) du code des pensions civiles et militaires de retraite, la Cour de Justice avait estimé que la réglementation en cause était contraire au principe d'égalité de rémunération entre les hommes et les femmes car elles reposaient sur un fondement (l'éducation des enfants) qui ne permettait pas de différencier de manière objective la situation des fonctionnaires masculin et féminin au regard de l'objet du droit des pensions.

L'ensemble des arrêts du Conseil d'Etat ainsi cités va dans le sens d'un renforcement de la protection des droits et garanties des individus par rapport à la jurisprudence européenne, tout en restant dans le droit fil de la jurisprudence européenne. Il existe cependant des exemples dans lesquels le juge administratif va également au-delà des exigences posées par le juge européen mais en s'émancipant des sillons tracés par le juge européen.

B- Le dépassement de la jurisprudence européenne

Bien qu'il adopte, d'une manière générale, une lecture constructive et évolutive du texte conventionnel, le juge européen peut dans certaines hypothèses poser des limites et rester en retrait. Mais certaines solutions adoptées par le Conseil d'Etat ne s'y arrêtent pas et peuvent ainsi être qualifiées de progressistes.

²⁶⁷ Décret n° 65-773 du 9 septembre 1965 relatif au régime de retraite des fonctionnaires affiliés à la Caisse nationale de retraites des agents des collectivités locales.

Si nous avons vu précédemment que le Conseil d'Etat admettait l'invocabilité du droit au respect de la vie privée dans le contentieux des mesures d'éloignement des étrangers homosexuels, celui-ci a également admis l'applicabilité du droit au respect de la vie familiale. En effet, dans son arrêt *Iswahyudi*²⁶⁸, la Haute juridiction administrative admet qu'un couple d'homosexuels puisse se prévaloir du droit au respect de la vie privée et familiale au sens de l'article 12 *Bis* de l'ordonnance de 1945. Une telle solution entraine en contradiction frontale avec la jurisprudence européenne puisque la Cour EDH avait explicitement refusé de considérer qu'une relation homosexuelle durable puisse relever d'une « vie familiale » au sens de l'article 8 de la CEDH²⁶⁹. Ce n'est que plus récemment, dans son arrêt *Schalk et Kopf*²⁷⁰ et, dernièrement, *Gas et Dubois*²⁷¹, que la Cour EDH a considéré qu'une relation homosexuelle entraine dans le champ d'application du droit au respect de la vie familiale. Hier, en contradiction manifeste avec le juge européen, le Conseil d'Etat apparait aujourd'hui comme un précurseur en la matière.

Notons cependant que les récents arrêts de la Cour EDH (préc.) ne concernent nullement le contentieux des mesures d'éloignement, mais la question du droit au mariage entre personnes de même sexe et celle de l'adoption simple de l'enfant biologique du compagnon homosexuel. Il n'est pas certain, par conséquent, que le juge européen transpose au aux

²⁶⁸ CE, 24 février 2006, *Iswahyudi* (AJDA, 2006, p.824, concl. Y. Aguila).

²⁶⁹ Cour EDH, déc., 10 mai 2001, *Mata Estevez c/ Espagne*, n°56501/00.

²⁷⁰ Cour EDH, 24 juin 2010, *Schalk et Kopf c/ Autriche*, n°30141/04 (JCP-G, 2010, 1013, obs. H. Fulchiron ; RTD civ. 2010, p.738, obs. J.-P. Marguénaud).

²⁷¹ Cour EDH, 15 mars 2012, *Gas et Dubois c/ France*, n°25951/07 (JCP-G, 2012, n°13, 381, veille F. Sudre).

mesures d'éloignement les mêmes principes et en particulier qu'il admette l'applicabilité de l'article 8 sous l'angle de la vie familiale. En effet, depuis l'unification du régime applicable et aux immigrés de « longue durée » et aux étrangers ordinaires²⁷², une certaine sévérité de la Cour EDH peut être constatée, notamment à travers la « surpondération » du critère de la nature et de la gravité de l'infraction commise²⁷³. Certes, cette surpondération ne préjuge absolument pas de la réalité de la vie familiale ; il s'agit simplement de privilégier le critère de l'infraction sur celui de la vie familiale. *A priori*, aucun obstacle n'entraverait donc la reconnaissance d'une vie familiale aux étrangers ayant une relation homosexuelle durable. Néanmoins, le contexte sociétairé entourant ce contentieux laisse penser que le juge européen fera sans doute preuve de davantage de retenue²⁷⁴. La Cour rappelle en effet de manière récurrente que les Etats disposent du droit de contrôler l'entrée, le séjour et l'éloignement des non-nationaux, et cela en vertu d'un principe de droit international bien établi²⁷⁵.

Toujours dans le contentieux des étrangers, le Conseil d'Etat a fait preuve également d'une interprétation dynamique en admettant, dans son arrêt *Préfet de la Seine Saint Denis c/*

²⁷² Cour EDH, Gde Ch., 18 octobre 2006, *Üner c/ Pays-Bas* (RTDH, 2007, p.71, obs. C. Raux).

²⁷³ En ce sens, F. Sudre, « Droit européen et international des droits de l'homme », PUF, 2011, spéc. p.683.

²⁷⁴ En ce sens, F. Sudre précise, à la lumière de l'arrêt de la CEDH de Gde Ch. du 9 octobre 2003 *Slivenko c/ Lettonie* (RDP, 2004, p.829, obs. M. Levinet), que la « vie familiale » des étrangers « est limitée 'au noyau familiale' » (manuel préc. spéc. n°372).

²⁷⁵ Cour EDH, 15 novembre 1995, *Chahal c/ Royaume-Uni*, §73 (JCP-G, 1997, I-4000, n°9, chron. F. Sudre).

*Mlle B*²⁷⁶, l'applicabilité du droit au respect de la vie privée et familiale au profit de la compagne d'un homme, mère des enfants de ce dernier et vivant chez lui avec son épouse, sous le coup d'une mesure d'éloignement. Après avoir rappelé le libellé de l'article 8 de la CEDH et prenant en considération que « *Mlle X est mère de quatre enfants nés entre 1994 et 2002 sur le territoire français où trois d'entre eux, ayant l'âge requis, sont scolarisés ; qu'elle exerce sur ses enfants l'autorité parentale en commun avec leur père, ressortissant sénégalais avec lequel elle vit en France depuis plus de dix ans et qui assume leur charge* », le Conseil d'Etat juge que « *nonobstant la présence au domicile du père de ses enfants de l'épouse de celui-ci, l'arrêté de reconduite à la frontière porte à la vie familiale de Mlle Bojang une atteinte disproportionnée aux buts en vue desquels cet arrêté a été pris* ». Si de prime abord cette décision peut être comprise comme protégeant, sous l'angle du droit au respect de la vie familiale, les relations adultères, c'est davantage une situation de polygamie qui, en réalité, est ici considérée comme ne faisant pas obstacle à l'invocabilité de l'article 8. Le Conseil d'Etat, relativisant sa jurisprudence antérieure²⁷⁷, réalise alors une interprétation constructive de l'article 8 par rapport à la jurisprudence des organes de la Convention EDH.

En effet, la Commission EDH, dans une décision *A. et A. c/ Pays-Bas*²⁷⁸, avait estimé comme non constitutif d'une violation de l'article 8 le refus opposé par les autorités néerlandaises d'octroyer un permis de séjour au fils d'un étranger bigame résidant aux Pays-Bas avec sa seconde épouse, fils que ce dernier avait eu avec sa première épouse résidant encore au

²⁷⁶ CE, 8 juillet 2005, *Préfet de la Seine Saint Denis c/ Mlle B*, n°265987 (AJDA, 2005 p. 1967).

²⁷⁷ CE, 29 décembre 1995, *Sakho*, n°160904 ; CE, 14 mars 2001, *Préfet du Val d'Oise c/ Mme Traore*, n°203984.

²⁷⁸ Comm. EDH, déc., 6 janvier 1992, *A. et A. c/ Pays-Bas*, n°14501/89.

Maroc. Si la Commission EDH admet que les liens qui unissent le père et le fils relèvent effectivement du droit au respect de la vie familiale, elle précise néanmoins que cette ingérence est « prévue par la loi » dans la mesure où la législation néerlandaise interdit le mariage polygame, puis qu'elle est « nécessaire dans une société démocratique » eu égard aux exigences de la politique de contrôle de l'immigration, aux considérations d'ordre public ainsi qu'au souci des pouvoirs publics de régulariser le marché du travail, en raison de la densité de population. La Commission ne se prononce donc pas explicitement sur la question de savoir si une relation polygame entre ou non dans le champ d'application de l'article 8 puisque l'ingérence dénoncée touchait le fils. Toutefois, le raisonnement développé sous l'angle de l'article 8 §2 de la Convention EDH et sur le terrain de la non-discrimination laisse présumer une certaine réticence à intégrer dans la protection de l'article 8 les relations polygames. Cette réticence peut se lire d'ailleurs dans un récent arrêt de la Cour EDH, *Serife Yigit c/ Turquie*²⁷⁹, jugeant non discriminatoire le refus des autorités turques d'accorder à la requérante le bénéfice des droits sociaux de son défunt compagnon, avec lequel elle avait contracté un mariage religieux mais pas de mariage civil. A cette occasion, elle estime comme légitime le but poursuivi par les autorités turques consistant à protéger les femmes contre la polygamie en instituant le mariage civil monogamique obligatoire à célébrer préalablement à toute union religieuse (§81). L'intégration de la polygamie dans le champ d'application de la notion de « vie familiale » par le juge européen n'est donc pas encore d'actualité...

²⁷⁹ Cour EDH, Gde ch., 2 novembre 2010, *Serife Yigit c/ Turquie*, n° 3976/05 (JCP-G, 2010, 1184, zoom G. Gonzalez).

Il existe en revanche des exemples dans lesquels la solution novatrice adoptée par le juge administratif a ensuite fait l'objet d'une consécration dans la jurisprudence européenne, témoignant ainsi de son caractère conforme aux exigences européennes.

C- L'anticipation de la jurisprudence européenne

Cette hypothèse accrédite davantage l'idée d'un réel dialogue, d'un réel échange, entre les cours nationales et les cours européennes. En effet, dans ce cas de figure, la solution constructive initiée par le juge interne est confirmée par la suite en droit européen. Peut tout d'abord être cité l'exemple du licenciement des femmes enceintes employées du service public. En effet, dès 1973, dans son célèbre arrêt *Dame Peynet*²⁸⁰, par l'intermédiaire d'un principe général du droit inspiré du Code du travail, le Conseil d'Etat estime que « *le principe général, dont s'inspire l'article 29 du Livre 1^{er} du Code du travail, selon lequel aucun employeur ne peut, sauf dans certains cas, licencier une salariée en état de grossesse, s'applique aux femmes employées dans les services publics lorsque, comme en l'espèce, aucune nécessité ne s'y oppose* ». A cette époque, seule l'égalité homme-femme dans les congés était protégée par la Cour de Justice et la directive relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail ne sera adoptée qu'en 1976²⁸¹. Ce ne sera que plus tard, dans un arrêt de 1990²⁸²,

²⁸⁰ CE, Ass., 8 juin 1973, *Dame Peynet*, n°80232, Rec. CE, p.106 (*AJDA*, 1973, p.587, chron. M. Franc et M. Boyon ; *JCP*, 1975, II-17957, note Y. Saint-Jours).

²⁸¹ Directive 76/207/CEE du Conseil, du 9 février 1976 (*JO* n° L 039 du 14/02/1976, p. 0040 – 0042).

que la Cour de Justice affirmera que le licenciement d'un travailleur féminin pour cause de grossesse ou pour une cause fondée essentiellement sur cet état ne peut concerner que les femmes et constitue dès lors une discrimination fondée sur le sexe. Puis, dans son arrêt *Brown*²⁸³, le juge de l'Union ira plus loin puisque après avoir rappelé que « *selon une jurisprudence constante, une discrimination consiste dans l'application de règle différentes à des situations comparables ou dans l'application de la même règle à des situations différentes* », il précisera que « *la situation d'une travailleuse enceinte qui se trouve dans une incapacité de travail causé par les troubles liées à son état de grosse ne saurait être assimilée à la situation d'un travailleur masculin malade qui est absent pour incapacité de travail pendant le même laps de temps* » (point 31). Dès lors, un régime différencié s'impose au bénéfice des travailleuses enceintes par rapport à leurs collègues masculins.

En droit conventionnel, à présent, l'exemple de la protection des étrangers sous le coup d'une mesure d'éloignement, octroyée par le Conseil d'Etat, illustre également cette hypothèse de l'anticipation. En effet, dès 1996²⁸⁴, la Haute juridiction administrative avait admis que le risque invoqué par l'étranger pour s'opposer à une mesure d'éloignement puisse trouver son origine dans des traitements infligés par des personnes privées. Il estimait en l'espèce que « *les consorts X. doivent être regardés comme établissant, par les justifications qu'ils produisent, que la vie de M. Nacerredine X., qui a été élu aux élections communales de juin 1990 sur une liste du Front Islamique du Salut et s'est ensuite démis de ses fonctions en*

²⁸² CJUE, 8 novembre 1990, *Dekker*, C-177/88, Rec. p. I-3941, point 12 (*D.* 1992, somm. p.288, obs. Lanquetin).

²⁸³ CJUE, 30 juin 1998, *Brown*, C-394/96, Rec. p. I-4185.

²⁸⁴ CE, 10 mai 96, *Préfet de la Drôme c/ Consorts Sellami*, n°162409.

raison de désaccords avec cette organisation, pourrait être, ainsi que celle des membres de sa famille, menacée en cas de retour en Algérie ; que dans ces conditions le Préfet de la Drôme ne pouvait légalement décider le renvoi des intéressés en Algérie ». Ce n'est que dans un arrêt du 29 avril 1997²⁸⁵ que la Cour EDH admettra dans cette même hypothèse l'effet horizontal de l'article 3 de la Convention. Notons cependant que le Conseil d'Etat, dans son arrêt *Préfet de la Drôme*, lorsqu'il apprécie la légalité de la décision fixant l'Algérie comme pays de destination, ne se fonde pas sur l'article 3 de la Convention. En effet, dans les visas, est simplement citée l'ordonnance n°45-2658 du 2 novembre 1945 modifiée notamment par la Loi Debré du 24 août 1993, laquelle loi intègre toutefois les exigences de l'article 3. Ainsi, à travers la loi, c'est bien la norme conventionnelle qui est appliquée, mais pas explicitement. Par la suite, le Conseil d'Etat n'hésitera pas à se fonder directement sur l'article 3 ; tel fut le cas par exemple dans un arrêt du 4 juillet 2008²⁸⁶ dans lequel le requérant, sous le coup d'une extradition, soutenait que sa vie serait mise en danger en Albanie du fait d'une dette de sang contractée auprès de la famille de sa victime. Toujours dans le contentieux des étrangers, soulignons qu'avant même que la Cour EDH n'abandonne tardivement sa jurisprudence en vertu de laquelle elle ne contrôlait pas la conformité des atteintes à l'article 3 lorsqu'une personne était envoyée dans un Etat membre ayant reconnu le droit de recours individuel²⁸⁷, le Conseil d'Etat examinait tout de même le risque

²⁸⁵ Cour EDH, 29 avril 1997, *HLR c/ France*, n°24573/94, Rec. 1997-III (RUDH, 1997, p.347, note N. Chauvin).

²⁸⁶ CE, 4 juillet 2008, *M. A.*, n°310031.

²⁸⁷ Cour EDH, déc., 7 mars 2000, *TI c/ Royaume-Uni*, n°43844/98. Avant cette solution, la Cour EDH présumait que les droits individuels étaient respectés (en ce sens, Cour EDH, déc., 2 décembre 1986, *K. et F. c/ Pays-Bas, D. et R.*, 51, p.272)

de mauvais traitements lorsque le pays de destination était la Turquie²⁸⁸. Là aussi, si le juge interne s'est d'abord fondé, dans les motifs, sur la législation interne réceptionnant les exigences de l'article 3 de la Convention, il n'hésita pas ensuite à se fonder directement sur ce dernier²⁸⁹.

*

Point d'orgue de la réceptivité du juge interne aux droits européens, l'interprétation dynamique réalisée par le juge administratif accrédite plus que toute autre technique l'existence d'un « réel » dialogue des juges : un dialogue envisagé comme une discussion entre juges placés sur un pied d'égalité, et dont le but tend à trouver un compromis, un accord sur le sens à donner à un énoncé normatif ou sur la solution concrète à donner à un contentieux précis, un « *dialogue sincère, ouvert, équilibré, dépassionné et dépourvu de visées hégémoniques* », pour reprendre les termes du juge J.-C. Bonichot²⁹⁰. D'abord, l'interprétation dynamique peut notamment constituer un outil de relance du dialogue, à l'initiative du juge interne. Ensuite, le caractère constructif de l'interprétation réalisée par le juge interne manifeste particulièrement son autonomie par rapport au juge européen. Il faut toutefois garder à l'esprit le caractère ambivalent de cette autonomie dont l'exercice est sans doute essentiel à l'idée de dialogue mais dont la revendication pourrait aussi dissimuler un réflexe de crispation. Aussi doit-elle être maintenant mesurée.

²⁸⁸ CE, 21 février 1997, *Préfet des Hauts de Seine c/ M. Aktas*, n°17193.

²⁸⁹ CE, 9 juin 1999, *Préfet de la Haute Garonne c/ M. Kaya*, n°199882.

²⁹⁰ J.-C. Bonichot, « Le juge administratif et l'Europe », in « Justice et cassation », *Revue annuelle des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation*, D., 2005, p.121, spéc. p.124.

CHAPITRE II

L'AUTONOMIE PERSISTANTE DE LA JURISPRUDENCE ADMINISTRATIVE

La réceptivité croissante du juge administratif aux jurisprudences européennes ne doit pas laisser penser qu'il abdique tout titre à manier, de façon propre, les sources européennes, pour devenir en quelque sorte « la bouche » des Cours de Strasbourg et de Luxembourg. Non seulement la réceptivité n'est pas nécessairement passive mais elle n'est pas non plus exclusive d'une certaine autonomie. Une telle marge d'appréciation, consubstantielle à l'idée même de dialogue, n'est pas en soi critiquable tant qu'elle ne conduit pas à une dénaturation, une neutralisation des jurisprudences européennes qui serait révélatrice, pour sa part, d'un dysfonctionnement ou pour dire les choses autrement, tant que sa revendication ne vise pas à s'affranchir, à s'abstraire des « contraintes externes ». C'est donc à cette aune qu'il convient d'apprécier les stratégies à travers lesquelles s'exprime l'autonomie, selon que le juge administratif se livre à une réappropriation des solutions européennes (Section I) ou procède à leur renationalisation (Section II).

SECTION I – UNE STRATEGIE DE REAPPROPRIATION DES SOLUTIONS EUROPEENNES*Laure MILANO*

Cette stratégie de réappropriation témoigne d'une volonté du juge administratif de maîtriser le sens et la portée des solutions européennes. Cette stratégie s'inscrit bien dans le cadre d'un dialogue, entendu comme un « procédé par lequel le juge national discute le sens d'une disposition conventionnelle »¹, dans la mesure où le juge administratif applique les solutions européennes mais n'effectue pas une simple opération de transcription. Il se livre, au contraire, à une véritable discussion de ces solutions. Cette discussion peut, tout d'abord, se réaliser par une adaptation des solutions européennes, cette adaptation porte alors plus particulièrement sur la jurisprudence des juges européens, sans doute plus modulable que des dispositions de droit écrit ; de plus il faut constater que cette adaptation concerne essentiellement la jurisprudence de la Cour EDH, ce qui pourrait s'expliquer par l'absence de renvoi préjudiciel devant le juge de Strasbourg, le juge national disposant alors d'une plus grande liberté dans la réception de la jurisprudence strasbourgeoise (§ I). Cette discussion peut également prendre la forme d'un cantonnement des solutions européennes appliquées au droit administratif. Si elle n'est pas en soi illégitime, dans la mesure où l'idée de dialogue exclut l'idée d'autorité, cette discussion peut, néanmoins, poser, dans certains cas, un problème de conventionnalité (§ II).

¹ K. Grabarczyk, « Dialogue des juges : éléments d'analyse », *Cahiers de l'IDEDH*, 2007, n°11, p.21.

§ I – L'ADAPTATION DES JURISPRUDENCES EUROPEENNES

Cette adaptation se réalise essentiellement sous deux formes. Ainsi, le juge administratif, sous couvert de se conformer à la jurisprudence des juges européens, peut n'opérer en réalité qu'une intégration superficielle de leurs décisions (A) ou en donner une véritable réinterprétation (B).

A – L'intégration superficielle

Cette intégration est superficielle, d'une part, lorsque le juge administratif ne réalise qu'une intégration apparente des jurisprudences européennes ; d'autre part, lorsqu'il pratique un contrôle insuffisant au regard des exigences européennes. L'analyse montre que cette intégration superficielle se produit dans des matières qui sont soit dominées par l'exigence d'utilité publique, soit relèvent par essence d'un pouvoir discrétionnaire de l'Etat.

1 – Une intégration apparente

Dans cette hypothèse, le juge administratif interprète le droit national à la lumière du droit européen afin de le rendre conciliable avec ce dernier, mais sans que cette conciliation n'ait de réelles conséquences pratiques pour les justiciables, l'harmonie ainsi réalisée n'étant finalement qu'apparente. Si globalement, on note un recul des interprétations neutralisantes, comme cela a été démontré par ailleurs², les servitudes d'urbanisme constituent cependant un domaine où elles persistent.

² Voir G. Rusu, Partie II, Chap. 1, spéc. p. 188.

Ainsi, dans l'arrêt *Bitouzet*³, le Conseil d'Etat, de même que le commissaire du gouvernement dans ses conclusions, tente de concilier le principe de non indemnisation des servitudes d'urbanisme posé par l'article L.160-5 du Code de l'urbanisme avec les exigences de la Cour EDH en matière de droit de propriété telles qu'elles résultent de l'arrêt *Sporrong et Lönnroth*⁴. Selon cette jurisprudence, qui procède à une véritable « réécriture » de l'article 1 Protocole 1⁵, les limitations au droit de propriété doivent respecter « un juste équilibre entre les exigences de l'intérêt général de la communauté et les impératifs de la sauvegarde des droits fondamentaux de l'individu » (§69), ce qui implique le droit à une juste indemnité en cas d'atteinte au droit de propriété⁶. C'est donc à la lumière des exigences européennes et, il faut le souligner, de manière spontanée sans qu'il y ait eu de condamnation en la matière, que le Conseil d'Etat « construit, par lui-même, les conditions d'une compatibilité de la loi et du traité là où elle était incertaine » et « fabrique (...) les conditions de leur harmonie »⁷ en estimant que le principe de non indemnisation des servitudes d'urbanisme « ne fait pas obstacle à une indemnisation dans le cas exceptionnel où il résulte de l'ensemble des conditions et circonstances dans lesquelles la servitude a été instituée et mise en œuvre, ainsi que de son contenu, que le propriétaire supporte une charge spéciale et exorbitante, hors de proportion avec

³ CE, 3 juil. 1998, *Bitouzet*, Rec. p.288 ; Concl. R. Abraham, *RFDA*, 1998, p.1243.

⁴ Cour EDH, 23 sept. 1982, *Sporrong et Lönnroth c/ Suède*, *GACEDH*, n°67.

⁵ Voy. F. Sudre, *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, 2011, 10^{ème} éd., pp.642 et ss.

⁶ Cour EDH, 21 fév. 1986, *James c/ Royaume-Uni*, *GACEDH*, n°68.

⁷ D. de Béchillon, « Le Conseil d'État, la CEDH et la non-indemnisation des servitudes d'urbanisme. À propos de l'arrêt *Bitouzet* », *RFDA*, 1999, p.841.

l'objectif d'intérêt général poursuivi »⁸. Cette mise en conformité du droit national avec la jurisprudence européenne, qui se traduit par une recherche de proximité jusque dans les termes employés par le juge administratif, joue toutefois comme « un trompe-l'œil »⁹ et l'aveu vient de membres du Conseil d'Etat eux-mêmes.

En effet, les conditions d'indemnisation apparaissent particulièrement restrictives : elle n'interviendra que dans un « cas exceptionnel », il faut « une charge spéciale et exorbitante », « hors de proportion » avec l'intérêt général poursuivi. Le régime est donc plus strict que l'application du régime commun de responsabilité pour rupture d'égalité devant les charges publiques¹⁰ qui n'impose qu'un dommage spécial et anormal et ne prévoit pas que la gravité du préjudice puisse être compensée par l'objectif d'intérêt général poursuivi. D'ailleurs, dans l'affaire *Bitouzet*, la nouvelle interprétation de l'article 160-5 du Code de l'urbanisme est restée sans effet sur la situation du requérant et il en sera de même dans la plupart des cas tant, il est déjà rare, en matière d'urbanisme, que les exigences de spécialité et d'anormalité soient remplies. On voit donc difficilement « quelle place existerait pour des décisions légales qui rempliraient les critères de la jurisprudence permettant une indemnisation »¹¹.

Le Conseil d'Etat a, par la suite, étendu les conditions d'indemnisation de la jurisprudence *Bitouzet* aux servitudes créées par un plan de prévention des risques naturels

⁸ Voir l'arrêt CE, 16 juil. 2010, *SCI La Saulaie*, n°334665, dans lequel le Conseil d'Etat établit la constitutionnalité évidente de l'article 160-5 du Code de l'urbanisme tel qu'interprété par l'arrêt *Bitouzet*.

⁹ En ce sens Chron. F. Raynaud, P. Fombeur, *AJDA*, 1998, p.570.

¹⁰ CE, ass., 14 janv. 1938, *SA des produits laitiers La fleurette*, *Rec.* p.25, *GAJA*, n°50.

¹¹ *Ibidem*.

prévisibles¹², bien qu'elles n'entrent pas dans la champ d'application de l'article 160-5 du Code de l'urbanisme, aux servitudes de la bande des cents mètres du rivage¹³, ainsi qu'aux cessions gratuites de bandes de terrain nécessaires à l'élargissement d'une voie publique¹⁴. L'interprétation constructive réalisée par le juge administratif est cependant neutralisée par ses strictes conditions d'application qui lui enlèvent, en pratique, tout effet utile ; la mise en conformité du droit national ne produit donc aucune conséquence pour les justiciables et n'assure qu'une intégration apparente des exigences européennes.

S'agissant de l'intégration apparente des exigences communautaires, il faut mentionner les arrêts du Conseil d'Etat *Communauté Urbaine de Bordeaux* et *Société Kéolis*¹⁵, concernant la publicité des conventions de délégation de service public, même si les appréciations sur le raisonnement suivi par le juge administratif sont pour le moins contrastées¹⁶. En l'espèce, la Communauté urbaine de Bordeaux souhaitant renouveler le contrat de délégation du service public des transports urbains de

¹² CE, 29 déc. 2004, *Société d'aménagement des coteaux de Saint-Blaine* ; Chron. C. Landais, F. Lenica, *AJDA*, 2005, p.423.

¹³ CE, 27 juin 2007, *Mielle*, n°280693, *AJDA*, 2007, p.1328.

¹⁴ CE, 11 fév. 2004, *Schiocchet*, n°211510, *AJDA*, 2004, p.1102.

¹⁵ CE, 1^{er} avr. 2009, *Communauté urbaine de Bordeaux et Sté Kéolis* (2 espèces) ; Chron. G. Kalfèche, *Europe*, 2010, n°1 ; Note D. Dubois et C. Raux, *RFDA*, 2009, p.937 ; Note F. Train, *AJDA*, 2009, p.1889 ; Note F. Dieu, *JCP*, A, 2009, n°25, 2148.

¹⁶ G. Kalfèche, *op. cit.*, parle d'une « solution étonnante » et doute que l'appréciation du Conseil d'Etat soit celle de la Cour de justice, F. Dieu, *op. cit.*, penche également en faveur d'une intégration apparente des exigences communautaires, alors que D. Dubois, C. Raux et F. Train, *op. cit.*, estiment, au contraire, que la solution pragmatique du Conseil d'Etat est conforme à la jurisprudence communautaire.

l'agglomération bordelaise a procédé à la publication d'un avis d'appel public à concurrence et, à l'issue des négociations, a choisi la Société Kéolis comme délégataire du service public des transports. Cette procédure a été annulée par le juge des référés à la demande d'une société allemande au motif que la Communauté urbaine n'avait pas organisé un degré de publicité adéquat au sens de la jurisprudence communautaire¹⁷, la publicité de l'appel n'ayant pas été réalisée dans des supports bénéficiant d'une diffusion européenne. Saisi en tant que juge de cassation, le Conseil d'Etat a procédé à l'annulation de l'ordonnance en considérant que le respect de l'exigence d'une procédure de publicité adéquate implique que lorsque la délégation de service public en cause est, compte tenu de ses caractéristiques, susceptible d'intéresser des opérateurs implantés sur le territoire d'autres Etats membres de l'Union, les modes de publicité retenus ne puissent échapper à l'attention « des opérateurs raisonnablement vigilants » pouvant être intéressés par une telle délégation. Il en résulte que la diffusion dans la seule presse nationale suffit, selon le juge administratif, à satisfaire à l'exigence de publicité adéquate, dans la mesure où les opérateurs raisonnablement vigilants et susceptibles de répondre à des concessions de ce montant sont censés exercer une veille leur permettant de se positionner sur de nouveaux marchés. En substituant ainsi à la logique objective du juge des référés, fondée sur la diffusion européenne des supports retenus, une logique subjective, fondée sur la qualité des opérateurs concernés¹⁸, le Conseil d'Etat adopte une solution, dont on peut

¹⁷ La Cour de justice a encadré la passation des concessions de service public en estimant que ces dernières étaient tenues de respecter, notamment, le principe de non-discrimination qui implique une obligation de transparence, voir CJCE, 7 déc. 2000, *Telaustria Verlags GmbH*, aff. C-324/98 ; Note L. Richer, *AJDA*, 2001, p.106.

¹⁸ En ce sens F. Train, *op. cit.*

se demander si elle ne vide pas, en pratique, de toute substance l'exigence de publicité adéquate.

Une autre hypothèse d'intégration apparente est celle où le juge administratif applique les solutions européennes mais pratique un contrôle dont l'intensité n'est pas identique à celle du contrôle européen, ce qui peut générer des solutions contestables.

2 – Un contrôle insuffisant

Certains arrêts relatifs au contentieux des mesures d'éloignement des étrangers témoignent de ce contrôle insuffisant. Ces mesures peuvent porter atteinte au droit au respect de la vie familiale garanti par l'article 8 de la Convention EDH. S'il a déjà été souligné précédemment combien la jurisprudence administrative a pu être influencée par celle de la Cour EDH¹⁹, certains arrêts, tel l'arrêt *Ben Zid*²⁰, n'en témoigne pas moins à l'occasion d'une minimisation des éléments familiaux. Il s'agissait, en l'espèce, de la reconduite à la frontière d'un étranger, père d'un enfant à naître, alors même qu'il avait des projets de mariage avec une ressortissante française et qu'il avait reconnu son enfant de façon prénatale. L'arrêté de reconduite à la frontière avait d'ailleurs été annulé, sur le fondement de l'article 8 de la Convention, en première instance. Au contraire, le Conseil d'Etat va juger notamment qu'il ne porte pas une atteinte disproportionnée au droit au

¹⁹ Voir B. Pastre -Belda, Partie II, Chapitre I, Section I, § II et Section II ; F. Sudre, *Droit européen et international des droits de l'homme*, op. cit., pp.685 et ss.

²⁰ CE, 14 mars 2001, *Préfet du Rhône c/ Ben Zid*, n°215393 ; Note M. Golestanian, *AJDA*, 2002, p.50.

respect de la vie familiale de l'intéressé. Certes, le juge national dispose d'une marge d'appréciation pour apprécier la proportionnalité d'une telle mesure. Néanmoins, le contrôle de proportionnalité a ici pour résultat de valider la mesure d'éloignement en dépit des réalités familiales. En effet, outre les liens familiaux évidents que le requérant avait noués en France, celui-ci n'avait pas maintenu de liens avec son pays d'origine et n'avait pas commis d'infraction pénale en France. Ces critères, bien que systématisés et étendus aux étrangers « ordinaires » dans une jurisprudence ultérieure à l'arrêt du Conseil d'Etat²¹, ont toujours été pris en compte par le juge européen pour juger de la proportionnalité de l'atteinte à la vie familiale²². Le contrôle pratiqué par le juge administratif n'apparaît donc pas d'une rigueur identique à celui pratiqué par le juge européen, ceci aboutit à « une application superficielle de l'article 8 de la Convention » et lui « enlève toute son efficacité »²³.

Outre l'application superficielle des exigences européennes, le juge administratif effectue également une adaptation des jurisprudences européennes lorsqu'il se livre à la réinterprétation des solutions rendues par le juge de Strasbourg ou de Luxembourg.

B – La réinterprétation des solutions européennes

Si dans le champ de la recherche, ce type d'adaptation ne paraît guère s'être illustré dans les relations avec le droit de

²¹ Voir Cour EDH, 2 août 2001, *Boultif c/ Suisse* ; Note H. Mock, *RTDH*, 2002, p. 483.

²² Par ex, bien que ces critères n'aient pas en l'espèce joué en faveur du requérant Cour EDH, 28 nov. 1996, *Ahmut c/ Pays-Bas*, n°21702/93.

²³ Note M. Golestanian, *op. cit.*

l'Union (ce qui n'est sans doute pas fortuit), l'application de la Convention permet en revanche d'en donner trois exemples. Dans les deux premiers, la relative imprécision de la jurisprudence européenne peut, en quelque sorte, cautionner la réinterprétation qu'opère le juge administratif, en l'absence de mécanisme de renvoi préjudiciel (1). Le troisième en revanche se distingue, puisque face à des critères européens très clairs, le juge administratif leur substitue des critères de droit interne (2).

1 – L'utilisation par le juge administratif de l'imprécision de la norme européenne

Il arrive d'abord, et c'est sans doute le cas le plus classique, que le juge n'opère qu'une lecture *a minima* de la jurisprudence européenne. Lorsqu'il existe un flou dans la jurisprudence européenne, il peut être, en effet, tentant pour le juge national d'utiliser cette ambiguïté afin de préserver sa marge de manœuvre vis-à-vis des exigences européennes. C'est ce qui se produit avec l'interprétation opérée par le juge administratif de la notion de pleine juridiction en matière pénale au sens de la jurisprudence de la Cour EDH. En effet, en la matière, le juge administratif retient une interprétation de cette jurisprudence qui soit conciliable avec la jurisprudence nationale. Autrement dit, ce n'est plus le droit national qui est interprété de manière à être concilié avec les solutions européennes, mais ce sont les solutions européennes qui sont interprétées à la lumière du droit national.

La notion de pleine juridiction en matière pénale est, il est vrai, relativement imprécise dans la jurisprudence strasbourgeoise²⁴. De différents arrêts rendus en 1995²⁵, il

²⁴ Voir R. Tinière, « La notion de 'pleine juridiction' au sens de la CEDH et l'office du juge administratif », *RFDA*, 2009, p.729. Voir notre thèse, *Le*

ressortait qu'en matière pénale, la pleine juridiction impliquait un contrôle poussé ainsi que « le pouvoir de réformer en tous points, en fait comme en droit, la décision entreprise, rendue par l'organe inférieur » (§36). La question de savoir si ce pouvoir de réformation impliquait un pouvoir de modulation de la sanction restait cependant ouverte, la reconnaissance de ce pouvoir de modulation étant, le plus souvent, implicite bien que l'arrêt *Silvester's Horeca Service*²⁶ rendu en 2004 soit plus clair quant à l'affirmation de ce pouvoir. Le manque de clarté de la jurisprudence européenne explique d'ailleurs sans doute que les juges administratif et judiciaire aient adopté des solutions opposées, le juge administratif²⁷ estimant, contrairement à la Cour de cassation²⁸, qu'il ne ressortait pas de la jurisprudence strasbourgeoise que la pleine juridiction, en matière pénale, signifiait que le juge doit disposer d'un pouvoir de modulation.

Face à cette « obscure clarté »²⁹, le juge administratif s'est donc approprié la jurisprudence européenne de manière à la rendre conciliable avec sa jurisprudence traditionnelle en la matière³⁰, jurisprudence qui s'est essentiellement développée sur le terrain des sanctions automatiques du droit fiscal. Ainsi, il n'accepte de moduler une sanction, dans le cadre du plein contentieux, que lorsque le texte fondant la sanction le lui

droit à un tribunal au sens de la CEDH, coll. Nouvelle bibliothèque des thèses, Dalloz, 2006, pp.378 et ss.

²⁵ Par ex. Cour EDH, 23 oct.1995, *Schmautzer c/ Autriche*, A.328-A, 6 autres espèces ont été rendues le même jour contre l'Autriche.

²⁶ Cour EDH, 4 mars 2004, *Silvester's Horeca Service c/ Belgique*.

²⁷ Voir CE, avis, 8 juil.1998, *Fattell*, Concl. J. Arrighi De Casanova, *RJF*, 1998, p.637 ; CE, 28/07/1999, *GIE Mumm-Perrier-Jouet*, *Rec.* p.257.

²⁸ C.Cass., com., 29 avr. 1997, *Ferreira c/ DGI*, *Bull. Cass.* IV n°110; Note F. Sudre, *JCP*, G, 1997, II22935.

²⁹ Pour reprendre l'expression de J.F. Flauss, « Sanctions fiscales et CEDH », *RFFP*, 1999, p.85.

³⁰ CE, avis, 5 avr. 1996, *Houdmond* ; Note. J. Petit, *RFDA*, 1997, p.843.

permet, soit que le texte prévoit un taux maximum³¹, soit que la loi prévoit un barème modulable de sanctions³², cette modulation suffisant, selon lui, à assurer la conformité aux exigences de l'article 6³³. La jurisprudence européenne semble elle-même admettre que ce pouvoir de modulation n'est pas exigé si le législateur a lui-même prévu un barème de modulation de la sanction³⁴.

En revanche, l'idée selon laquelle une disposition prévoyant une sanction par application d'un taux unique peut constituer une modulation par la loi et ainsi satisfaire aux exigences de l'article 6 §1 de la Convention³⁵ apparaissait plus contestable. Néanmoins, là encore, l'imprécision, voire même l'incohérence, de la jurisprudence européenne pouvait justifier une lecture nationale des exigences européennes. En effet, alors que l'arrêt *Silvester's Horeca Service*³⁶ avait conclu à la violation de l'article 6 §1 dans la mesure où le juge ne disposait pas d'un

³¹ CE, 16 fév. 2009, *Sté ATOM*, Concl. C. Legras, *RFDA*, 2009, p.259 ; Note K. Grabarczyk, *JCP*, G, 2009, II10087.

³² CE, 30 nov. 2007, *Sté Sideme*, Concl. L. Olléon, *Droit fiscal*, 2008, n°7, comm. 178 ; CE, 26/05/2008, *Sté Norelec*, Concl. F. Séners, *Droit fiscal*, 2008, n°28, comm. 411.

³³ Saisi par le Conseil d'Etat de la constitutionnalité de différentes dispositions du code général des impôts prévoyant des sanctions fiscales dont la loi assure la modulation, le Conseil constitutionnel a estimé que l'absence de pouvoir de modulation du juge ne soulevait pas de problème de constitutionnalité, Cons. Constit., déc 17 mars 2011, n°2010-103 QPC, *Sté SERAS II* ; Cons. Constit., déc. 17 mars 2011, n°2010-104 QPC, *Epx Bertrand* ; Cons. Constit., 17 mars 2011, n°2010-105/106 QPC, *M. Soares et a.* ; Cons. Constit., déc. 29 avr. 2011, n°2011-124 QPC, *Mme Boitel* ; Note F. Subra, M. Le Tacon, *Droit fiscal*, 2011, n°27, comm. 416.

³⁴ En ce sens, Commission EDH, 29 juin 1998, *Taddéi c/ France* ; Cour EDH, 23 sept. 1998, *Malige c/ France*.

³⁵ CE, 27 juin 2008, *M. Melki et Sté Ségame*, Concl. L. Olléon, *Droit fiscal*, 2008, n°38, comm.501.

³⁶ Cour EDH, 4 mars 2004, *Silvester's Horeca Service c/ Belgique*.

pouvoir lui permettant « d'apprécier l'opportunité ou d'accorder une remise complète ou partielle », une décision postérieure affirmait que l'absence de pouvoir de modulation des juridictions italiennes à l'encontre d'une sanction définie par un taux fixe unique ne constituait pas une violation de l'article 6³⁷. Le récent arrêt *Segame*³⁸ vient toutefois, en partie, clarifier la position du juge européen en admettant la conventionnalité de sanctions à taux unique, non modulables par le juge. Il valide ainsi la position du Conseil d'Etat. Ce constat de conventionnalité est cependant doublement encadré. La Cour ne se prononce que sur le cas des sanctions fiscales, mais on peut déduire de l'arrêt que la solution pourrait valoir pour d'autres sanctions qui n'appartiennent pas « au noyau dur du droit pénal ». De plus, la conformité à l'article 6 §1 ne vaut que si le taux fixé n'apparaît pas disproportionné.

Face aux incertitudes entourant la jurisprudence européenne, le juge national a donc retenu une lecture minimaliste des exigences européennes, celle qui s'avérerait le moins perturbatrice des solutions traditionnelles du droit administratif français. La jurisprudence européenne récente, si elle ne lève pas toutes les ambiguïtés, semble avoir entendu les arguments du juge administratif, ce qui démontre que le dialogue entre le juge national et le juge européen n'est pas à sens unique.

Un deuxième exemple concerne l'utilisation par le juge administratif de la notion de « tribunal » au sens où l'entend la Cour EDH. Dans la jurisprudence européenne, de nombreuses

³⁷ Déc. Cour EDH, 21 mars 2006, *Valico Srl c/ Italie*.

³⁸ Cour EDH, 7 juin 2012, *Segame SA c/ France* ; Act. L. Milano, *JCP*, G, 2012, 770 ; voir notre note, « Sanctions fiscales et pouvoir de modulation du juge, la réponse de la Cour de Strasbourg », à paraître au *JCP*.

incertitudes entourent cette notion, quant à son contenu précis mais également quant à sa fonction³⁹. En effet, bien que ne constituant pas un critère d'applicabilité de l'article 6 §1, la Cour a néanmoins considéré que cette notion était une notion autonome⁴⁰, alors même que traditionnellement l'autonomie n'est concédée qu'aux notions conditionnant l'applicabilité des droits garantis. Malgré ces incertitudes, on peut déduire de la jurisprudence européenne, qui ne fait qu'explicitement les termes de l'article 6 §1 de la Convention, qu'un « tribunal » est un organe établi par la loi, indépendant et impartial, à qui « il appartient de trancher, sur la base de norme de droit et à l'issue d'une procédure organisée, toute question relevant de sa compétence »⁴¹. On peut alors distinguer deux temps dans la jurisprudence administrative quant à la réception de la notion de « tribunal ».

A l'origine, le Conseil d'Etat a manifesté une volonté de résistance à la jurisprudence de Strasbourg. Ainsi, pendant longtemps, il a utilisé la notion de « tribunal » comme condition d'applicabilité de l'article 6 de la Convention, alors qu'il était clairement établi que seules les notions de « matière civile » et « matière pénale » constituaient, aux yeux du juge européen, des conditions d'applicabilité de cet article et il a opté pour une approche organique de cette notion, alors que la jurisprudence

³⁹ F. Krenc, « La notion de 'tribunal' au sens de l'article 6 CEDH », in Mélanges P.J. Pararas, *Les droits de l'homme en évolution*, Bruylant, 2009, p.305. Voir F. Sudre, C. Picheral (Dir.), *La diffusion du modèle européen du procès équitable*, La documentation française, 2003, spec. pp. 46 et ss.

⁴⁰ Cour EDH, déc., 27 août 2002, *Didier c/ France*, n°58188/00 ; Note G. Gonzalez, *JCP*, G, 2003, II10177. Sur les notions autonomes voir *Les concepts autonomes de la CEDH*, *Cahiers de l'IDEDH*, 1997, n°6, 138 p. ; F. Sudre, « Le recours aux 'notions autonomes' », in F. Sudre (Dir.), *L'interprétation de la CEDH*, Bruylant, 1998, p.93.

⁴¹ Cour EDH, 22 oct. 1984, *Sramek c/ Autriche*, A.84, §36.

européenne était indifférente aux qualifications nationales. La position du juge administratif est clairement exprimée dans l'avis *Auto-industrie Méric*⁴² selon lequel, l'article 6 « n'énonce aucune règle ou aucun principe dont le champ d'application s'étendrait au-delà des procédures contentieuses suivies devant les juridictions et qui gouverneraient l'élaboration ou le prononcé de décisions par les autorités administratives qui en sont chargées par la loi ». Selon cette doctrine, l'article 6 était donc jugé inapplicable aux autorités administratives, y compris lorsqu'elles prononçaient des sanctions⁴³.

La jurisprudence administrative va cependant évoluer avec l'arrêt *Didier*⁴⁴, dans lequel le Conseil d'Etat juge que le Conseil des marchés financiers, bien qu'il ne soit pas un organisme juridictionnel, décide « du bien-fondé d'accusations en matière pénale » au sens des stipulations de la Convention. Ce ralliement à la jurisprudence européenne reste, néanmoins, précisément circonscrit, le Conseil d'Etat tenant compte, pour décider de l'applicabilité de l'article 6, de « la nature, la composition et les attributions » de l'organe en cause, ainsi que de « la nature du vice allégué ». Ceci implique, en particulier, que l'applicabilité de l'article 6 sera cantonnée à la « matière pénale »⁴⁵ et seulement à certaines catégories d'organismes administratifs statuant en « matière pénale ». L'utilisation de ces critères témoigne donc d'un repli seulement partiel du critère organique.

⁴² CE, avis, 31 mars 1995, *Ministre du Budget c/ Auto-Industrie Méric et autres*, Rec. p. 154.

⁴³ CE, ass., 1^{er} mars 1991, *Le Cun*, Concl. M. de Saint-Pulgent, *RFDA*, 1991, p.612 ; CE, 12 mars 1999, *SA Jacqueline du Roure*, Rec. p.60.

⁴⁴ CE, ass., 3 déc. 1999, *Didier*, Rec. p.399, *GAJA* n°102.

⁴⁵ CE, 3 déc. 1999, *Caisse de crédit mutuel de Bain-Tresboeuf*, Rec. p.397, concernant la CNIL ; CE, 22 juin 2001, *Sté Athis*, n°193392, concernant la COB. Sur l'ensemble de ces questions voir F. Sudre, C. Picheral (Dir.), *La diffusion du modèle européen du procès équitable*, op. cit.

Si le juge administratif ne conditionne plus l'applicabilité de l'article 6, matière pénale, à la qualification de juridiction en droit interne, il utilise néanmoins des critères relatifs aux spécificités de l'organe en cause, critères qui permettent de réserver l'application des exigences européennes à certaines catégories d'organes administratifs⁴⁶. A ce titre, la clarification de la terminologie utilisée par le Conseil d'Etat était nécessaire. Cette clarification, préconisée par plusieurs commissaires du gouvernement⁴⁷ et mise en œuvre à partir de l'arrêt *Compagnie Corsair International SA*⁴⁸, s'est traduite par l'abandon de la formule selon laquelle un organisme administratif est « un tribunal au sens de l'article 6 §1 de la Convention EDH »⁴⁹ pour justifier l'application des garanties de l'article 6. Cette formulation induisait, en effet, une erreur de raisonnement en faisant dépendre « l'invocabilité du moyen du respect d'une condition de fond »⁵⁰. Avec cet abandon, la renationalisation des exigences est ainsi définitivement opérée.

⁴⁶ La jurisprudence récente témoigne du fait que la doctrine de l'avis Auto-industrie Méric, *op. cit.*, n'a pas été abandonnée, voir par ex. s'agissant de la commission des recours des militaires, CE, 27 juin 2011, n°332424 ; s'agissant de la commission des recours contre les décisions de refus de visa d'entrée en France, CE, 11 mai 2011, n°334654 ; s'agissant de la procédure devant l'Office national interprofessionnel des vins (ONIVINS), CE, 28 nov. 2011, n°324604.

⁴⁷ Voir les conclusions de M. Guyomar sous l'arrêt CE, 27 oct. 2006, *Parent et autres*, *Rec.* p.454, *LPA*, 20 déc. 2006, p.4 ; Conclusions I. De Silva sous l'arrêt CE, 31 janv. 2007, *Cie Corsair International SA*, *RFDA*, 2007, p.757.

⁴⁸ CE, 31 janv. 2007, *Cie Corsair International SA*, *op. cit.* ; dans le même sens CE, 23 avr. 2009, *Cie Blue Line*, n°314918.

⁴⁹ Terminologie qui n'est pas utilisée dans l'arrêt CE, Didier, *op. cit.*, mais qui apparaîtra à partir de l'arrêt CE, 20 oct. 2000, *Sté Habib Bank Limited*, *Rec.* p.434.

⁵⁰ Conclusions I. De Silva sous l'arrêt CE, 31 janv. 2007, *Cie Corsair International SA*, *op. cit.*

Il est vrai que la jurisprudence européenne est souple en la matière et la Cour n'exerce qu'un contrôle global, laissant aux Etats une marge d'appréciation pour décider soit d'appliquer les garanties de l'article 6 dès la phase devant les autorités administratives, soit que ces dernières ne remplissent pas elles-mêmes les exigences de l'article 6 §1 dès lors qu'elles subissent le contrôle ultérieur d'un organe judiciaire de pleine juridiction présentant lui les garanties de cet article⁵¹. De plus, rares sont les arrêts de la Cour européenne qui statuent sur l'application des garanties de l'article 6 aux organes administratifs français. Il existe donc en la matière une certaine imprécision qui est, en l'occurrence, utilisée par le juge administratif. Néanmoins, le risque d'inconventionnalité reste potentiel dans la mesure où il n'est pas certain que le juge européen opterait pour un raisonnement aussi subtil que celui du juge administratif, notamment en ce qui concerne la distinction entre organe statuant en matière civile ou en matière pénale.

2 - La reformulation par le JA de critères européens précis

Cette seconde configuration s'illustre à travers l'application par le juge administratif du principe de non-discrimination tel qu'il résulte de l'article 14 de la Convention et de la jurisprudence européenne.

Selon une jurisprudence constante, le juge européen considère qu'il y a discrimination lorsque deux conditions sont remplies, l'existence d'une différence de traitement dans la jouissance d'un droit garanti et un « manque de justification

⁵¹ Cour EDH, 23 juin 1981, *Le Compte, Van Leuven et De Meyere c/ Belgique*, A.43, §51 ; Cour EDH, 10 fév. 1983, *Albert et Le Compte c/ Belgique*, A.58, §29.

objective et raisonnable » - une justification objective et raisonnable étant celle qui poursuit un but légitime dans une société démocratique et qui respecte « un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé »⁵².

La jurisprudence administrative est en harmonie avec la jurisprudence européenne⁵³ et dans le cadre d'un contentieux très abondant, le Conseil d'Etat juge, par exemple, contraire à l'article 14 combiné avec l'article 1 Protocole 1, relatif au droit au respect des biens, une différence de traitement fondée sur la seule nationalité en matière de pension militaire⁵⁴, de pension de réversion⁵⁵, d'octroi d'une allocation aux harkis⁵⁶, de pension aux victimes des attentats et violences en Algérie⁵⁷. A l'inverse, il a par exemple jugé, sous l'angle de l'article 14 combiné avec l'article 8, relatif au droit au respect de la vie privée et familiale, que le droit à pension de réversion au titre du conjoint survivant pouvait, sans discrimination, être subordonné à une condition de durée de mariage⁵⁸.

Mais dans ces différents arrêts, le Conseil d'Etat utilise une formulation identique selon laquelle une distinction entre des

⁵² Cour EDH, 23 juil. 1968, *Affaire linguistique belge c/ Belgique*, §10, *GACEDH* n°9. Voir H. Surrel, « L'appréciation contingente des justifications », in F. Sudre (Dir.), *Le droit à la non discrimination au sens de la CEDH*, Némésis-Bruylant, 2008, p.119.

⁵³ En ce sens F. Sudre, *Droit européen et international des droits de l'homme*, *op. cit.*, p.301.

⁵⁴ CE, 30 nov. 2001, *M. Diop* ; Chron. M. Guyomar, P. Collin, *AJDA*, 2001, p.1039 ; CE, 21 mars 2012, n°335026.

⁵⁵ CE, 6 fév. 2002, n°219383 ; CE, 28 oct. 2002, *Veuve Hammoudi Mizzouni*, n°241855, *AJDA*, 2003, p.301.

⁵⁶ CE, 27 juin 2005, *Bahri*, n°251766.

⁵⁷ CE, 4 mars 2009, *Ministre de la Défense c/ Mme Lebranche*, n°302058.

⁵⁸ CE, 27 juil. 2005, *Mme Margain*, n°272443 ; CE, 6 déc. 2006, *Mme Ligori*, n°262096.

personnes placées dans une situation analogue est discriminatoire au sens des stipulations de l'article 14 de la Convention, « si elle n'est pas assortie de justifications objectives et raisonnables, *c'est-à-dire si elle ne poursuit pas un objectif d'utilité publique, ou si elle n'est pas fondée sur des critères objectifs et rationnels en rapport avec les buts de la loi* » (souligné par nous).

Or, si la première partie du raisonnement est identique à celui du juge européen, la seconde s'en éloigne substantiellement. Certes, le juge administratif recherche l'objectif poursuivi par la mesure discriminatoire. Le juge européen parle de « but légitime dans une société démocratique », quand le juge administratif, dans une formulation proche de celle du Conseil constitutionnel⁵⁹, recherche si la mesure poursuit « un objectif d'utilité publique », mais si la formule est différente, la démarche est semblable. En revanche, en recherchant si la mesure est fondée sur « des critères objectifs et rationnels en rapport avec les buts de la loi », le Conseil d'Etat se réfère aux critères traditionnels qu'il utilise en matière de contrôle du respect du principe d'égalité, mais ces critères diffèrent des critères européens. En effet, en utilisant les critères nationaux, il obère le contrôle de proportionnalité et annonce un contrôle en deçà de celui du juge européen. Ceci est d'autant plus curieux que lorsque le juge administratif statue sur le respect du principe français d'égalité, il utilise le contrôle de proportionnalité⁶⁰. Pourtant, en pratique, la jurisprudence administrative aboutit à une protection équivalente à celle du juge européen et les solutions adoptées dans le cadre des arrêts

⁵⁹ Ce dernier utilise la formule de « raisons d'intérêt général », par ex. Cons. const., 9/04/1996, Loi portant diverses dispositions d'ordre économique et financier, n°96-375 DC.

⁶⁰ Pour une application récente, voir CE, 12 avr. 2012, n°337528.

cités apparaissent pleinement compatibles avec la jurisprudence européenne. Si les paramètres du contrôle sont donc différents, l'étendue du contrôle apparaît quant à elle équivalente. Il y a donc ici une nette volonté réinterpréter les critères européens à l'aune des critères nationaux, mais cette différenciation terminologique n'a pas, en pratique, de conséquence sur l'intensité du contrôle pratiqué.

Ces différents exemples ont démontré que le juge administratif utilisait une démarche d'adaptation, de modulation des solutions européennes, soit par leur intégration superficielle, soit par leur réinterprétation, afin de se réappropriier ces solutions. Une autre démarche en ce sens consiste dans le cantonnement des solutions européennes.

§ II – LE CANTONNEMENT DES SOLUTIONS EUROPEENNES

Ce n'est plus vraiment le sens des solutions européennes qui est ici en jeu, mais plutôt leur portée *ratione materiae*. Le juge administratif, là encore, applique les solutions européennes mais, dans sa stratégie de réappropriation, il en cantonne la portée. Cette volonté de cantonnement se manifeste tant à l'égard du droit conventionnel que du droit de l'Union. Deux types de situations doivent être distinguées, celles où le cantonnement est compatible avec les solutions européennes (A) et celles, plus problématiques, où le cantonnement est incompatible avec ces solutions (B).

A – Les hypothèses de cantonnement compatibles avec les solutions européennes

Il est fréquent que le juge administratif circoncrive la portée des solutions européennes mais sans que cela leur soit contraire, soit parce que ces dernières n'exigent pas d'être étendues en dehors des situations mettant en jeu le droit européen (1), soit parce que la jurisprudence européenne laisse, en la matière, une marge d'appréciation importante aux Etats (2).

1 - Le cantonnement aux situations mettant en jeu le droit européen

Il faut distinguer deux hypothèses. Le juge administratif peut tout d'abord considérer que deux régimes coexistent, l'un propre aux situations mettant en jeu le droit européen, l'autre propre aux situations régies par le seul droit national, les évolutions restant alors cantonnées au premier champ. Le juge administratif peut également être amené à considérer que c'est le champ d'application d'une norme européenne qui doit être cantonné, certaines situations étant régies par cette norme, d'autre en étant exclues.

a) Le cantonnement au champ d'application du droit européen

Deux exemples tirés de l'application du droit communautaire par le juge administratif illustrent cette volonté de cantonnement, alors même que, dans les deux cas, la généralisation des solutions retenues en dehors des hypothèses

de mise en jeu du droit communautaire était possible, voire même souhaitable.

La question de la responsabilité de l'Etat du fait du contenu d'une décision juridictionnelle aurait, en effet, pu susciter une évolution générale du régime de la responsabilité en la matière, mais tel n'a pas été le cas. Le principe de l'irresponsabilité de l'Etat du fait du fonctionnement de la justice administrative⁶¹ était la règle jusqu'à l'arrêt *Darmont*⁶², qui est venu poser le principe de la responsabilité de l'Etat, responsabilité subordonnée à l'exigence d'une faute lourde. La jurisprudence *Darmont* réservait, cependant, l'hypothèse du contenu des décisions juridictionnelles définitives, pour laquelle le principe d'irresponsabilité était maintenu. Une seconde évolution est intervenue avec l'arrêt *Magiera*⁶³. Sous l'influence de la jurisprudence de la Cour EDH, le Conseil d'Etat va faire évoluer sa jurisprudence en admettant la responsabilité de l'Etat pour faute simple en cas de durée excessive des procédures administratives. Le juge administratif retient donc une évolution générale de la responsabilité de l'Etat pour violation du délai raisonnable, principe qui trouve ses sources dans le droit conventionnel et le droit interne⁶⁴, et s'applique au-delà du champ d'application de la Convention. Il aurait pu procéder de

⁶¹ Par ex. CE, ass., 12 juil.1969, *L'Etang*, Rec. p.388.

⁶² CE, ass., 29 déc. 1978, *Darmont*, Rec. p.542 ; Note J.M Auby, *RDP*, 1979, p.1742.

⁶³ CE, ass. 28 juin 2002, *Ministre de la justice c/ Magiera*, Rec. p.248, Concl. F. Lamy, *RFDA*, 2002, p.756 ; Chron. F. Donnat, D. Casas, *AJDA*, 2002, p.596.

⁶⁴ Voir C. Nivard, Section 2 de ce chapitre.

même dans l'arrêt *Gestas*⁶⁵, s'agissant de la responsabilité de l'Etat du fait du contenu des décisions juridictionnelles, comme l'y incitait d'ailleurs le commissaire du gouvernement⁶⁶, mais le Conseil d'Etat a, au contraire, fait le choix d'une évolution circonscrite aux seules violations du droit communautaire. Profitant de l'occasion que lui offrait l'affaire *Gestas*, la haute juridiction administrative admet, pour la première fois, que « la responsabilité de l'Etat peut (...) être engagée dans le cas où le contenu de la décision juridictionnelle est entaché d'une violation manifeste du droit communautaire ayant pour objet de conférer des droits aux particuliers », l'exigence d'une faute lourde est cependant maintenue. Cette évolution était nécessaire au regard de la jurisprudence de la Cour de justice qui, dans l'arrêt *Köbler*⁶⁷, dont le motif central est cité *in extenso* dans les conclusions de Mme De Salins, a jugé que « le principe selon lequel les Etats membres sont obligés de réparer les dommages causés aux particuliers par les violations du droit communautaire qui leur sont imputables est également applicable lorsque la violation en cause découle d'une décision d'une juridiction statuant en dernier ressort, dès lors que la règle de droit communautaire violée a pour objet de conférer des droits aux particuliers, que la violation est suffisamment caractérisée et qu'il existe un lien de causalité direct entre cette violation et le préjudice subi par les personnes lésées ». On remarquera la proximité des termes retenus par le juge administratif avec ceux

⁶⁵ CE, 18 juin 2008, *Gestas*, req. n°295831 ; Note D. Pouyaud, *RFDA*, 2008, p.1178 ; Note J. Moreau, *JCP*, A, 2008, 2187 ; Note M. Gautier, *Droit Adm.*, 2008, n°120.

⁶⁶ Concl. C. de Salins, *RFDA*, 2008, p.755.

⁶⁷ CJCE, 30 sept. 2003, *Köbler*, C-224/01 ; Note O. Dubos, *JCP*, A, 2003, 1943.

employés par la Cour de justice⁶⁸ et le ralliement aux exigences communautaires.

Néanmoins le cantonnement du champ d'application de la solution au seul droit communautaire, démontre qu'il s'agit d'une adhésion contrainte dont le Conseil d'Etat a entendu limiter la portée. Ce cantonnement aboutit par ailleurs à une complexité déroutante⁶⁹ et sans doute bien inutile, le régime de la responsabilité de la justice étant totalement éclaté. Ainsi, le régime de responsabilité est différent suivant le dysfonctionnement constaté, il est également différent selon que le contenu de la décision est en lien ou non avec le droit communautaire, puisque dans le second cas, l'irresponsabilité reste de mise. Enfin, il est différent selon l'ordre de juridiction mis en cause, la loi du 5 juillet 1972 concernant les juridictions judiciaires n'excluant pas la responsabilité de l'Etat du fait du contenu des décisions juridictionnelles définitives.

On observe un cantonnement similaire en ce qui concerne le principe de confiance légitime, dont l'objet, en vertu de la jurisprudence communautaire est « de protéger la confiance que les destinataires de règles ou de décisions de l'Etat sont normalement en droit d'avoir dans la stabilité, du moins pour un certain temps, des situations établies sur la base de ces règles et décisions »⁷⁰. La Cour de justice de l'Union fait application de la confiance légitime dans de nombreuses hypothèses, mais elle a surtout précisé sa portée quant aux rapports entre le droit communautaire et le droit interne des Etats membres. Elle a

⁶⁸ Voir cependant la note de M. Gauthier, *op. cit.*, qui doute de l'alignement réel sur la jurisprudence Köbler.

⁶⁹ Voir sur les conséquences de l'arrêt Gestas, la note de D. Pouyaud, *op. cit.*

⁷⁰ M. Fromont, « Le principe de sécurité juridique », *AJDA*, 20 juin 1996, numéro spécial, p.179.

ainsi indiqué qu'il doit s'appliquer aux actes nationaux de mise en œuvre du droit communautaire⁷¹, mais a laissé les Etats libres de l'étendre aux domaines régis par le droit interne⁷². Fort de cette liberté, le juge administratif a donc choisi de circonscrire l'application de ce principe aux seules mesures relevant du droit communautaire⁷³. L'affaire *Entreprise Freymuth* est, ce sens, tout à fait intéressante.

En effet, dans cette affaire, le tribunal administratif de Strasbourg⁷⁴, suivant les conclusions de son commissaire du gouvernement, avait reconnu, par une décision très audacieuse, l'existence d'un principe de confiance légitime. En appel, le commissaire du gouvernement proposait de suivre ce jugement, mais il n'a pas été suivi par la cour administrative d'appel de Nancy⁷⁵ qui a estimé que le principe de confiance légitime ne peut être invoqué en droit interne que lorsque le litige est régi, au moins indirectement, par le droit communautaire. Le Conseil d'Etat⁷⁶ fut, quant à lui, totalement sourd à ce débat et a maintenu sa position classique selon laquelle, hors du champ d'application du droit communautaire, le moyen tiré de la méconnaissance du principe de confiance légitime est inopérant⁷⁷. A l'inverse, le juge administratif consent à s'assurer du respect du principe de confiance légitime, non seulement

⁷¹ CJCE, 26 avr. 1988, *Hauptzollamt Hamburg-Jonas*, Rec.2213.

⁷² CJCE, 5 oct. 1988, *Padovani*, Rec. p.6177.

⁷³ Voir M. Delamarre, « La sécurité juridique et le juge administratif français », *AJDA*, 2004, p.186.

⁷⁴ TA Strasbourg, 8 déc. 1994, *Entreprise Freymuth c/ Ministre de l'environnement*, Concl. J. Pommier, *AJDA*, 1995, p.555.

⁷⁵ CAA Nancy, 17 juin 1999, *Entreprise Freymuth c/ Ministre de l'environnement*.

⁷⁶ CE, 9 mai 2001, *Entreprise personnelle de transports Freymuth*, Rec. p.865.

⁷⁷ CE, ass. 5 mars 1999, *Rouquette*, Rec. p.37, Concl. C. Maugué, *RFDA*, 1999, p.357.

lorsque une norme de droit communautaire est contestée au regard de ce principe⁷⁸, mais également lorsque est en cause un acte de mise en œuvre du droit communautaire⁷⁹ ou lorsque une mesure nationale intervient dans le champ du droit communautaire⁸⁰.

Sans doute, peut-on avancer que ce principe aurait un caractère subjectif « étranger à la tradition française »⁸¹, comme l'explique le commissaire du gouvernement dans l'arrêt *KPMG*, arrêt qui confirme ce cantonnement au moment même où le principe de sécurité juridique, dont la confiance légitime est pour la Cour de justice un corollaire, se voit explicitement consacré en tant que principe général de droit interne. La question de savoir si parallèlement, la Haute juridiction administrative n'a cependant pas entendu acclimater certaines implications du principe communautaire de confiance légitime à travers celui, plus objectif, de sécurité juridique, se livrant ainsi de manière sous-jacente à une sorte de réappropriation, reste toutefois ouverte⁸².

⁷⁸ CE, 16 nov. 2005, *Sté Métallurgique du Rhin*, n°265179.

⁷⁹ CE, ass., 11 juil. 2001, *FNSEA et autres*, *Rec.* p.340, *Concl.* F. Séners, *RFDA*, 2002, p.33.

⁸⁰ CE, 27 juil. 2009, *Sté Lactalis industrie*, n°292620 ; *Chron. D. Ritleng*, *RTDE*, 2010, p.453.

⁸¹ Voir les conclusions de Y. Aguila sous l'arrêt CE, ass., 24 mars 2006, *Sté KPMG*, *Rec.* p.154 ; *Concl.* Y. Aguila, *RFDA*, 2006, p.463 ; *GAJA* n°113. Sur ce thème voir S. Calmes, *Du principe de protection de la confiance légitime en droits allemand, communautaire et français*, Nouvelle bibliothèque des thèses, Dalloz, 2001, 711 p., spec. pp.486-488 ; Voir L. Fermaud, *Partie III, Chap. 2, spéc. p. 510 et s.*

⁸² En ce sens C. Nivard, « L'ambivalence du traitement jurisprudentiel de la sécurité juridique », *Droit. Adm.*, 2010, p.7.

b) Le cantonnement du champ d'application d'une norme européenne

On peut, en ce sens, prendre l'exemple du cantonnement par le Conseil d'Etat du champ d'application de la directive n°85/374 du 25 juillet 1985 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux. La détermination du champ d'application de la directive est essentielle pour déterminer le régime de responsabilité. La première question à se poser à ce sujet est de savoir ce qu'est un produit au sens de la directive, qui n'en donne qu'une définition très sommaire⁸³.

Cette question s'est notamment posée dans l'affaire *Hospices civils de Lyon et CHU de Besançon*⁸⁴, dans laquelle une patiente avait été contaminée par le virus de l'hépatite C à la suite d'une transplantation cardiaque réalisée aux Hospices civils de Lyon, l'organe, prélevé au CHU de Besançon, étant porteur du virus. L'affaire soulevait une série de questions très complexes, auxquelles font clairement référence les conclusions du rapporteur public, et à ce titre, les formulations lapidaires du Conseil d'Etat peuvent laisser perplexe. Il retient, en effet, la responsabilité pour faute du CHU de Besançon et des Hospices civils de Lyon, écartant ainsi la jurisprudence *Marzouk*⁸⁵ et l'applicabilité de la directive n°85/374 du 25 juillet 1985. L'interprétation des données de l'affaire au regard de la

⁸³ L'article 2 de la directive énonce que « le terme «'produit' désigne tout meuble, à l'exception des matières premières agricoles et des produits de la chasse, même s'il est incorporé dans un autre meuble ou dans un immeuble ».

⁸⁴ CE, 27 janv. 2010, *Hospices civils de Lyon et CHU de Besançon*, n°313568, *AJDA*, 2010, p.180 ; Note N. Albert, *JCP*, A, 2010, 2189.

⁸⁵ CE, 9 juil. 2003, *AP-HP c/ Mme Marzouk*, *Rec.* p.338, selon lequel « le service public hospitalier est responsable, même en l'absence de faute de sa part, des conséquences dommageables pour les usagers de la défaillance des produits et appareils de santé ».

directive soulevait plusieurs interrogations mais la question centrale était celle de savoir si un greffon peut être assimilé à un « produit » au sens de la directive. Or, cette qualification s'avérait très épineuse, différents arguments pouvant être mobilisés pour la justifier ou la récuser. La jurisprudence de la Cour de justice de l'Union pouvant faire pencher en faveur de cette qualification⁸⁶, il aurait été souhaitable que le Conseil d'Etat, comme le recommandait le rapporteur public, saisisse la Cour de justice d'une question préjudicielle⁸⁷. Au contraire, le juge national préfère exclure l'application de la directive en cause, cantonnement qui a soulevé de nombreux doutes quant à sa conventionnalité.

Il semble toutefois que l'arrêt rendu le 21 décembre 2011 par la Cour de justice⁸⁸ puisse venir valider la position du Conseil d'Etat. Dans cette affaire, le requérant avait été victime au cours d'une intervention chirurgicale de brûlures causées par un défaut de régulation de la température du matelas chauffant sur lequel il était installé. Condamné à réparer le dommage, le CHU de Besançon s'est pourvu en cassation devant le Conseil d'Etat, estimant qu'en vertu de la directive 85/374, seul le producteur du matelas devait être tenu pour responsable. Le

⁸⁶ CJCE, 10 mai 2001, *Henning Vedfeld*, C-203/99, qualification de « produit » retenu à propos d'un liquide de rinçage utilisé à l'occasion de la greffe d'un rein ; CJCE, 2 mai 2009, *Aventis Pasteur*, C-358/08, qualification de « produit » retenu à propos d'un vaccin ; CJCE, 25 avr. 2002, *Maria Victoria Gonzalez Sanchez*, C-183/00, qualification de « produit » à propos d'un flacon de sang dont la transfusion a entraîné une contamination par l'hépatite C.

⁸⁷ Sur les interrogations suscitées par l'arrêt en termes de coopération avec la Cour de justice et d'usage du mécanisme du renvoi préjudiciel, v. supra, G. Rusu, Partie II, Chap. 1, spéc. p. 196.

⁸⁸ CJUE, GC, 21 déc. 2011, *Centre hospitalier universitaire de Besançon*, C-495/10 ; Note H. Oberdorff, *JCP*, A, 2012, 2078 ; Note C. Lantero, *Droit adm.*, 2012, n°4, comm. 42.

Conseil d'Etat⁸⁹ a, cette fois-ci, décidé de saisir la Cour de justice de questions préjudicielles sur l'interprétation de cette directive. La Cour précise à cette occasion que la responsabilité d'un établissement public de santé, en tant que prestataire de services, ne relève pas du champ d'application de la directive. Elle considère, en effet, que le CHU ne pouvait être considéré comme le fournisseur du matelas défectueux, mais seulement comme un prestataire de soins : comme la directive ne concerne que les producteurs et non les prestataires de services, elle s'avère inapplicable en l'occurrence. Si on considère, à la lumière de ces précisions, que toute personne qui se contente d'utiliser le produit sort du champ d'application de la directive, l'exclusion de l'application de la directive dans l'affaire précédente, relative à l'organe contaminé par le virus de l'hépatite C, peut se justifier. Certes, les deux affaires ne portent pas réellement sur les mêmes questions : la première concerne essentiellement la définition de la notion de « produit » au sens de la directive, la seconde concerne le champ d'application *ratione personae* de la directive. Néanmoins, l'interprétation de la directive retenue par la Cour de justice permet de considérer que l'établissement de santé qui transplante un organe ne peut être considéré comme un « producteur ». Le cantonnement de l'application de la directive ne paraît donc pas illégitime.

Il existe une autre hypothèse où le cantonnement des solutions européennes ne soulève pas de problème de conventionnalité, c'est lorsque le juge européen, en l'occurrence le juge de Strasbourg, laisse aux Etats une large marge d'appréciation.

⁸⁹ CE, 4 oct. 2010, *Centre hospitalier universitaire de Besançon*, AJDA, 2010, p.1912.

2 – *Le cantonnement relevant de la marge d'appréciation du juge administratif*

La Convention EDH ne réglemente pas l'entrée, le séjour et la sortie des étrangers du territoire des Etats membres et si le juge européen a reconnu l'applicabilité de l'article 8, qui garantit notamment le droit au respect de la vie familiale, dans ces domaines, il laisse aux Etats une grande marge d'appréciation⁹⁰, rappelant régulièrement que « d'après un principe de droit international bien établi, les Etats ont le droit de contrôler l'entrée des non nationaux sur leur sol »⁹¹. Ainsi, d'après une jurisprudence classique, la Convention ne consacre pas « le droit pour un individu d'entrer ou de séjourner dans un Etat dont il n'est pas ressortissant ni le droit d'y travailler »⁹², pas plus qu'elle ne garantit aux étrangers « le droit de choisir le lieu le plus approprié pour développer une vie familiale »⁹³. Du côté du juge administratif, il apparaît au demeurant que pour avoir largement admis depuis les arrêts *Belgacem et Babas*⁹⁴ l'invocabilité de l'article 8 au regard des mesures intéressant directement l'entrée ou le séjour des étrangers⁹⁵, le Conseil d'Etat n'en continue pas moins de considérer le moyen comme inopérant dans certaines hypothèses, maintenant alors les mesures concernées en dehors du champ d'application du droit conventionnellement garanti.

⁹⁰ Cour EDH, 26 mars 1992, *Beljoudi c/ France*.

⁹¹ Par ex. Cour EDH, GC, 18 oct. 2006, *Üner c/ Pays-Bas*, GACEDH n°55.

⁹² Cour EDH, 26 avr. 2005, *Müslim c/ Turquie*.

⁹³ Cour EDH, 28 nov. 1996, *Ahmut c/ Pays-Bas*.

⁹⁴ CE, ass., 19/avr. 1991, *Belgacem et Babas*, Rec. p.152 et 162, Concl. R. Abraham, *RFDA*, 1991, p.497, décision d'expulsion et mesure de reconduite à la frontière.

⁹⁵ Voir G. Rusu, Partie II, Chap. 1, spéc. p. 211 et s..

Tel est le cas dans l'appréciation de la légalité d'un décret d'opposition à la nationalité française⁹⁶, du rejet d'une demande de naturalisation⁹⁷ ou du refus de la reconnaissance de la qualité d'apatride⁹⁸, le juge administratif estimant que ces différentes mesures ne sont pas susceptibles de porter atteinte au respect de la vie familiale. Ce choix paraît logique, d'une part parce que ces mesures n'empêchent pas le demandeur de séjourner en France, d'autre part parce que la Convention ne régleme pas ces questions, qui restent de la compétence étatique.

Ce cantonnement aurait pu s'avérer plus problématique s'agissant du refus des titres de séjour. Le juge administratif semble, en effet, considérer que l'article 8 est inopérant s'agissant des titres de séjour « spécialisés », tels que les titres de séjour « étudiant »⁹⁹, « commerçant »¹⁰⁰ ou « salarié »¹⁰¹, délivrés au regard de conditions légales qui n'appellent pas d'appréciation relative à la vie familiale, le refus étant fondé sur le seul fait que les conditions spécifiques posées pour l'obtention de ces titres ne sont pas remplies¹⁰². Ainsi qu'il ressort des conclusions du commissaire du gouvernement Lamy,

⁹⁶ CE, 8 janv. 1997, *Mme Hamada*, n°163104.

⁹⁷ CE, 14 avr. 2001, *Moussaoui*, n°211116.

⁹⁸ CE, 30 déc. 1996, *Préfet du Loiret c/ Thaxmni*, n°162100.

⁹⁹ CE, 15 avr. 1996, *Rakotomavo*, *Rec.* p.935 ; CE, 8 juin 2007, *Zhang*, n°298802.

¹⁰⁰ CE, 20/06/1997, *Rezli*, *Rec.* p.250, *Concl.* D. Piveteau, *AJDA*, 1997, p.621.

¹⁰¹ CAA, Versailles, *Melle Majdi* ; Note J. Grand d'Esnon, *AJDA*, 2010, p.781.

¹⁰² Par ex., le titre de séjour « étudiant » peut être refusé pour défaut de progression suffisante dans les études, voir CE, 29 déc. 1997, *Odi*, n°160169 et CE, 29 déc. 1997, *Hobbah*, n°173266.

sous l'avis *Berrad*¹⁰³, il apparaît que « le moyen tiré de la violation de l'article 8 de la CEDH n'est opérant à l'encontre d'un refus de séjour que lorsque l'étranger s'est fondé sur la qualité de membre de famille pour réclamer une autorisation de séjour ». A ce titre, la loi du 11 mai 1998¹⁰⁴ a créé à l'article 12 bis de l'Ordonnance de 1945 (art. L.313-11 CESEDA), une carte de séjour temporaire portant la mention « vie privée et familiale » qui met en œuvre les exigences de l'article 8 de la Convention¹⁰⁵. Par ailleurs, s'agissant d'une demande de visa, l'autorité compétente devant se prononcer au regard des raisons invoquées par le demandeur, l'article 8 est inopérant lorsque l'unique moyen invoqué par l'étranger à l'appui de sa demande est son souhait de suivre des études en France¹⁰⁶.

Au regard de cette jurisprudence, le cantonnement de l'application de l'article 8 n'apparaît cependant pas en contradiction avec les exigences européennes et relève de la marge nationale d'appréciation. En effet, ce cantonnement repose sur une jurisprudence, certes complexe, mais prévisible, qui repose sur des critères objectifs et l'intervention du législateur en 1998 est venu combler les éventuelles failles de cette jurisprudence en prenant explicitement en compte le droit au respect de la vie familiale¹⁰⁷. De plus, il apparaît au regard de

¹⁰³ CE, avis, 30 nov. 1998, *Berrad*, *Rec.* p.451, Concl. F. Lamy, *RFDA*, 1999, p.511 ; Note C. Guettier, *RFDA*, 1999, p.520.

¹⁰⁴ Loi n°98-349 du 11 mai 1998 relative à l'entrée et au séjour des étrangers en France et au droit d'asile ; Obs. D. Turpin, *RCDIP*, 1998, p.521.

¹⁰⁵ Voir C. Nivard, Section II de ce chapitre, spéc. p. 326.

¹⁰⁶ CE, ord., 5 déc. 2007, *Dao*, *Rec.* p.855, *AJDA*, 2008, p.109.

¹⁰⁷ Par ailleurs le Conseil d'Etat est attentif à l'effectivité du respect de l'article 8 de la Convention, il juge ainsi, s'agissant d'une mesure d'éloignement d'un étranger en situation irrégulière, que la circonstance que l'étranger relève des catégories ouvrant droit au regroupement familial et aurait donc pu solliciter sur ce fondement un titre de séjour pour revenir légalement ne saurait intervenir dans l'appréciation portée par

la jurisprudence *Zheng*¹⁰⁸, qui concernait un refus de carte de résident, que le juge prend en compte les conséquences pratiques des mesures adoptées. En la matière, le moyen tiré de l'article 8 est, en principe, toujours opérant, mais le Conseil d'Etat considère qu'il ne l'est pas lorsque le refus de titre n'est pas assorti d'une obligation de quitter le territoire et s'accompagne de la délivrance d'un autre titre. En s'appuyant sur des données concrètes, le juge prévient ainsi toute critique au regard de la jurisprudence européenne et ne fait qu'exercer sa marge d'appréciation.

Enfin, s'agissant des mesures d'extradition, l'article 8, s'il peut être invoqué, à une utilité très limitée dans la mesure où le juge considère que l'atteinte à la vie familiale trouve sa justification dans la nature même de la procédure d'extradition qui est de permettre, dans l'intérêt de l'ordre public, le jugement hors de France et l'exécution des condamnations pénales prononcées à l'étranger pour des crimes et délits¹⁰⁹. Or, là encore, on sait que le juge européen laisse une marge d'appréciation importante aux autorités nationales pour décider de l'éloignement d'étrangers délinquants, le critère de la nature et de la gravité de l'infraction l'emportant sur l'éventuelle atteinte au respect de la vie familiale¹¹⁰. Par ailleurs, la question de l'applicabilité de l'article 8 à ces mesures n'est pas

l'administration sur la gravité de l'atteinte à son droit au respect de la vie familiale, CE, 28/12/2009, n°308231.

¹⁰⁸ CE, 10 juin 2009, *Mme Zheng*, n°318898 ; *AJDA*, 2009, p.1173.

¹⁰⁹ Par ex. CE, 11 juin 1997, *Booker*, *Rec.* p.224 ; CE, 15 juin 2001, *Di Bella*, n°222654 ; CE, 18 déc. 2009, n°327617 ; CE, 19 mars 2010, *Maurizio A*, n°326717.

¹¹⁰ Voir les critères de l'arrêt Cour EDH, 2 août 2001, *Boultif c/ Suisse* ; Note H. Mock, *RTDH*, 2002, p.483. Voir également Cour EDH, Ünner, *op. cit.*

réellement tranchée par le juge européen en l'absence de jurisprudence pertinente sur cette question¹¹¹.

Manifestation d'un dialogue dans la réception des solutions européennes, le cantonnement de ces dernières est tout à fait admissible tant qu'il ne s'oppose pas aux exigences européennes. Il devient, en revanche, plus problématique dès lors qu'il s'inscrit à contre-courant de ces exigences et expose ainsi le juge français à la censure des juridictions européennes.

B – Les hypothèses de cantonnement incompatibles avec les solutions européennes

Ce cantonnement peut s'avérer délibéré, le juge limite la portée de la jurisprudence européenne et se place très clairement en situation de résistance face aux exigences européennes (1). Il peut également s'avérer involontaire, le juge contredisant la jurisprudence européenne en raison de l'imprécision du champ d'application d'une notion, mais dans ce cas sa jurisprudence encourt le risque d'être récusée par le juge européen (2).

1 – Le cantonnement délibéré des solutions européennes

Deux types de situations doivent ici être distinguées, celle d'abord où l'incompatibilité est avérée, le juge administratif, face à une solution européenne claire, excluant cette solution de certains contentieux ; celle, ensuite, où l'incompatibilité est probable, le juge administratif adoptant une position tranchée de non application des exigences européennes, alors que la

¹¹¹ Voir en ce sens F. Sudre, *Droit européen et international des droits de l'homme*, op. cit., p.680.

situation semble au contraire tomber sous le coup de ces exigences.

a) L'incompatibilité avérée

On peut ici prendre l'exemple de l'exigence de pleine juridiction, en matière civile, au sens de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg¹¹². Il ressort de cette jurisprudence, qu'en matière civile, s'agissant de sanctions administratives ou disciplinaires, l'exigence de pleine juridiction implique un contrôle de proportionnalité par rapport aux faits reprochés¹¹³. Après avoir adopté une position casuistique¹¹⁴, la jurisprudence administrative a évolué vers une meilleure prise en compte des exigences européennes, du moins pour ce qui concerne les sanctions professionnelles¹¹⁵ ou celles infligées par l'administration à des administrés¹¹⁶, en admettant que celles-ci

¹¹² Voir R. Tinière, « La notion de 'pleine juridiction' au sens de la CEDH et l'office du juge administratif », *RFDA*, 2009, p.729. Voir notre thèse, *Le droit à un tribunal au sens de la CEDH*, coll. Nouvelle bibliothèque des thèses, Dalloz, 2006, pp.369 et ss.

¹¹³ Cour EDH, 10 fév. 1983, *Albert et Le Compte c/ Belgique*, A.58, §36 ; Cour EDH, 29 oct. 2009, *Chaudet c/ France* ; F. Sudre, *JCP*, G, 2010, act. 488.

¹¹⁴ Voir CE, ass., 1^{er} mars 1991, *Le Cun*, Concl. M. de Saint Pulgent, *RFDA*, 1991, p.612, contrôle normal sur le choix de la sanction infligée par le Conseil des bourses de valeur ; CE, ass., 7 juil. 2004, *Ministre de l'Intérieur c/ M. Benkerrou*, Concl. M. Guyomar, *RFDA*, 2004, p.913, contrôle limité à l'erreur manifeste d'appréciation pour les sanctions infligées aux conducteurs de taxi.

¹¹⁵ CE, 22 juin 2007, *Arfi*, Concl. M. Guyomar, *RFDA*, 2007, p.1199.

¹¹⁶ CE, ass., 16 fév. 2009, *Sté ATOM*, Concl. C. Legras, *RFDA*, 2009, p.259.

soient examinées dans le cadre d'un contrôle normal, impliquant un contrôle de proportionnalité¹¹⁷.

Ce ralliement n'est pourtant que partiel puisqu'il ne concerne pas les sanctions infligées dans le cadre de la fonction publique, le Conseil d'Etat résistant, en la matière, à l'application de l'exigence pleine juridiction au sens que lui donne le juge européen. En effet, dans ce domaine, le juge administratif exerce traditionnellement un contrôle restreint sur le choix de la sanction¹¹⁸. Ce cantonnement de la jurisprudence européenne, excluant les sanctions infligées aux agents publics, est d'autant plus problématique que depuis l'arrêt *Vilho Eskelinen*¹¹⁹ rendu par la Cour EDH en 2007, l'ensemble du contentieux de la fonction publique relève désormais du champ d'application des garanties du procès équitable. Il est problématique mais également inexplicable. D'une part, parce que le juge administratif applique aujourd'hui l'exigence européenne de pleine juridiction pour la majorité des sanctions, pourquoi dans ce cas exclure les sanctions en matière fonction publique et exposer ainsi la France à une éventuelle condamnation ? D'autre part, même en matière de fonction publique, l'exclusion de l'exigence européenne n'est plus totale. En effet, dans l'arrêt *Hontang*¹²⁰, le Conseil d'Etat, pour la première fois, a exercé un contrôle normal et s'est prononcé sur

¹¹⁷ Voir D. Botteghi, A. Lallet, « Le plein contentieux et ses faux-semblants », *AJDA*, 2011, p.156 ; S. Etoa, « L'évolution du contrôle du juge administratif sur la gravité des sanctions administratives », *AJDA*, 2012, p.358.

¹¹⁸ CE, 9 juin 1978, *Lebon*, *Rec.* p.245, Concl. B. Genevois, *AJDA*, 1978, p.573 ; CE, 1^{er} fév. 2006, *Touzard*, *Rec.* p.38.

¹¹⁹ Cour EDH, GC, 19 avr. 2007, *Vilho Eskelinen c/ Finlande*, *GACEDH* n°23.

¹²⁰ CE, 27 mai 2009, *Hontang*, n°310493 ; Chron. B. Plessix, *JCP*, G, 2009, 317.

la proportionnalité d'une sanction infligée à un magistrat du parquet. On aurait pu penser à un revirement général de jurisprudence, mais il ne s'agissait que d'une solution propre à l'espèce, cantonnée aux seuls magistrats du parquet, comme le démontrera la jurisprudence ultérieure¹²¹. On peut dès lors s'interroger sur la cohérence de la jurisprudence administrative¹²² et l'intérêt du maintien de ce pré carré, ne serait-il pas plus simple de soumettre l'ensemble des sanctions au contrôle de plein contentieux ? Peut-être faudra-t-il attendre une condamnation pour que le Conseil d'Etat abandonne cette jurisprudence.

En matière de sanctions infligées dans le cadre de la fonction publique, il y a donc une incompatibilité avérée de la jurisprudence administrative, dans d'autres hypothèses l'incompatibilité n'est que probable.

b) L'incompatibilité probable

Les illustrations choisies relèvent du droit de l'Union et ce n'est pas un hasard. Il est de multiples hypothèses où le droit et la jurisprudence de l'Union ne délivrent pas de solution « clé en main », le foisonnement des textes, de la jurisprudence, la multiplicité des situations expliquent cet état de fait. C'est justement pour pallier à ces difficultés qu'existe le renvoi préjudiciel, conçu comme un mécanisme de coopération entre le

¹²¹ CE, 27 juil. 2009, *Ministre de l'Education nationale c/ Fabienne B*, n°313588, concernant une sanction disciplinaire infligée à un professeur ; Comm. M. Guyomar, *Droit adm.*, 2009, n°132.

¹²² Voir J. Martinez-Mehlinger, « Vers 'l'atomisation' du recours pour excès de pouvoir dans le contentieux des sanctions administratives », *RFDA*, 2012, p.257.

juge national et le juge de l'Union. Sans que le recours au renvoi préjudiciel soit toujours nécessaire, il arrive que le juge administratif assène une solution qui aboutit à cantonner la portée du droit communautaire, alors que la situation laisse au contraire la place au doute.

On peut prendre l'exemple des militaires sous contrat. Dans l'arrêt *Mespiedre*¹²³, le Conseil d'Etat a ainsi été amené à prendre position sur le champ d'application du droit de l'Union en la matière. Le requérant contestait le non renouvellement de son contrat et arguait de l'incompatibilité de la loi du 24 mars 2005 sur le statut général des militaires au regard de la directive 1999/70/CE sur le travail à durée déterminée, dans la mesure où la législation en cause permet le renouvellement indéfini de CDD, ce que prohibe la directive. Le Conseil d'Etat rejette le moyen au motif que « le recours à de tels contrats pour le recrutement des militaires (...) constitue un choix d'organisation militaire d'un Etat membre pour la défense de son territoire et de ses intérêts essentiels, relevant de la compétence exclusive des Etats membres de l'Union européenne, auquel le droit communautaire n'est pas applicable ».

Cette solution tranchée est pour le moins sujette à caution. S'il est vrai que la Cour de Luxembourg estime que les décisions relatives au choix d'organisation militaire des Etats membres échappent, en principe, à l'application du droit de l'Union, tel n'est pas le cas des décisions relatives à l'organisation des forces armées et visant à l'accès aux

¹²³ CE, 7 oct. 2009, *Mespiedre*, n°301898, *AJDA*, 2009, p.1867 ; Note C. Bernard-Guillaumont, O. Guillaumont, *AJFP*, 2010, p.164 ; Chron. D. Ritleng, A. Bouveresse, J.P Kovar, *RTDE*, 2010, p.453.

professions militaires¹²⁴. Il est donc légitime de se demander si la question du recrutement des militaires n'entre pas davantage dans la catégorie des décisions relatives à l'accès aux professions militaires, catégorie soumise au droit de l'Union, plutôt que dans celle de l'organisation des forces armées comme l'atteste le Conseil d'Etat. D'autant que la réalité des missions assumées par l'agent recruté doit aussi être prise en compte, certains agents contractuels assurant des fonctions qui n'ont aucun caractère militaire. Autant dire que la question est, en réalité, beaucoup plus complexe que ne le laisse apparaître le juge administratif et la simplicité du dispositif retenu masque mal la volonté de cantonnement du droit de l'Union. Si le litige n'appelait peut-être pas nécessairement un renvoi préjudiciel, une analyse et une motivation plus approfondies au regard de la situation d'espèce auraient été souhaitables.

Dans d'autres cas, la solution dégagée par le juge administratif démontre clairement, de surcroît, un refus de dialogue avec la Cour de justice. A cet égard, il convient de s'arrêter ici, sans revenir sur les interrogations suscitées par l'arrêt précité *Hospices civils de Lyon et CHU de Besançon*¹²⁵, sur la fameuse affaire du *stade de Paris-Jean Bouin*¹²⁶. Le litige

¹²⁴ Voir en ce sens, Chron. *RTDE*, *op. cit.* Ainsi la Cour de justice a-t-elle déjà pu admettre l'applicabilité aux forces armées d'un autre instrument de la politique sociale européenne, la directive 76/207 concernant l'égalité hommes-femmes (CJCE, 26 oct. 1999, Sirdar, C-273/97 ; CJCE, 11 janv. 2000, Kreil, C-285-98, sur l'application de l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes dans les forces armées).

¹²⁵ CE, 27 janv. 2010, *Hospices civils de Lyon et CHU de Besançon*, préc. Sur l'hypothèse d'une résurgence de la théorie de l'acte clair en l'occurrence, v. G. Rusu, Partie II, Chapitre 1, p. 196.

¹²⁶ CE, 3 déc. 2010, *Ville de Paris et association Paris Jean Bouin*, n°338272, *AJDA*, 2010, p.2343 ; G. Kalflèche, *Europe*, 2011, chron. n°1 ; F. Brenet, F. Melleray, *Droit admin.*, 2011, comm. 17.

concernait le renouvellement de la concession du stade Jean Bouin et des courts tennis appartenant au même ensemble immobilier. La première question à laquelle devait répondre le Conseil d'Etat portait sur la qualification du contrat, question centrale mais sur laquelle nous ne nous attarderons pas sauf pour souligner que la qualification de convention d'occupation domaniale pouvait, en l'espèce, prêter à discussion. La seconde question portait sur le point de savoir si la conclusion d'un tel contrat était soumise à la mise en œuvre de mesures préalables de publicité et de mise en concurrence, ce à quoi le Conseil d'Etat apporte une réponse catégorique en affirmant « qu'aucune disposition législative ou réglementaire n'imposent à une personne publique d'organiser une procédure de publicité préalable à la délivrance d'une autorisation ou à la passation d'un contrat d'occupation d'une dépendance du domaine public, ayant (...) pour seul objet l'occupation d'une telle dépendance ; qu'il en va ainsi même lorsque l'occupant de la dépendance domaniale est un opérateur sur un marché concurrentiel ». Il se refuse donc à étendre à ce type de contrat le principe de transparence¹²⁷, déduit par la Cour de justice des règles fondamentales du Traité et du principe de non discrimination à propos des marchés publics et des concessions¹²⁸. Certes, la jurisprudence communautaire n'impose formellement une telle obligation que pour ce que l'on appelle communément la commande publique, mais l'extension de ce principe aux situations dans lesquelles l'administration est en situation d'offre sur le marché se pose très sérieusement et divise la

¹²⁷ On peut à ce titre souligner que la domanialité publique apparaît comme un domaine de prédilection des stratégies de réappropriation que mène le juge administratif, voir en ce sens supra, p. 281 et s.

¹²⁸ CJCE, 7 déc. 2000, *Telaustria Verlags GmbH*, C-324/98 ; Note L. Richer, *AJDA*, 2001, p.106.

doctrine¹²⁹ comme les juridictions administratives¹³⁰. De plus, comme le souligne certains commentateurs¹³¹, la question se pose de savoir si la directive 2006/123/CE du Parlement et du Conseil du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur, n'impose pas dans certaines hypothèses d'occupation domaniale, le respect des exigences de publicité et de mise en concurrence. La question était donc suffisamment importante pour que le Conseil d'Etat interroge la Cour de justice au lieu d'écarter purement et simplement l'application des exigences communautaires. Par ailleurs, en insistant sur le fait que le principe de non publicité demeure, même lorsque l'occupant est un opérateur sur un marché concurrentiel, le Conseil d'Etat s'inscrit à contre-courant de ces exigences.

Dans les hypothèses que nous avons analysées, le cantonnement des solutions européennes résultait d'une attitude délibérée du juge administratif, que ce cantonnement exprime une véritable résistance à la jurisprudence européenne ou qu'il manifeste une volonté d'ignorer les exigences européennes. Il existe un autre cas de figure, celui où le juge cantonne les solutions européennes mais sans que cela traduise réellement une opposition de sa part, le champ d'application parfois mal défini de certaines solutions européennes l'amenant à une interprétation erronée qui sera d'ailleurs récusée par les juges européens.

¹²⁹ Voir les références citées dans la note de F. Brenet et F. Melleray, *op. cit.*, notamment Ch. Vautrot-Schwarz, « La publicité et la mise en concurrence dans la délivrance des titres d'occupation domaniale », *AJDA*, 2009, p.568.

¹³⁰ Par ex. TA Versailles, 5 janv. 2010, *Guyard*, Concl. J. Sorin, *AJDA*, 2010, p.1196 ; voir d'autres références dans la note de F. Brunet et F. Melleray, *op. cit.*

¹³¹ En ce sens F. Brenet, F. Melleray, *op. cit.*

2 – Le cantonnement récusé par les solutions européennes

Un exemple en ce sens peut être trouvé dans le contentieux de l'occupation du domaine public et la portée très large que confère la Cour de Strasbourg à la notion autonome de « bien » au sens de l'article 1 Protocole 1 de la Convention. Les affaires *Depalle et Brosse Triboulet* démontrent à ce titre que la logique juridique stricte du juge administratif est parfois mise à mal par le pragmatisme du juge européen des droits de l'homme.

En l'espèce, les requérants occupaient, en application d'autorisations régulièrement délivrées, depuis de très nombreuses années, des parcelles sur le domaine public maritime, parcelles sur lesquelles étaient édifiées leurs maisons. A partir de 1993, les autorités leur firent savoir qu'en raison de l'adoption de la loi de 1986 relative à l'aménagement, la protection et la mise en valeur du littoral, ces autorisations d'occupation ne pouvaient être renouvelées. A l'issue d'une procédure de contravention de grande voirie, il a été demandé aux requérants de quitter les lieux et de détruire les habitations situées sur le domaine public maritime. Dans l'arrêt *Triboulet*¹³², le Conseil d'Etat écarte l'application de l'article 1 Protocole 1 de la Convention, confirmant l'analyse de la Cour administrative d'appel de Nantes, dans la mesure où, dépourvu de tout titre d'occupation du domaine public, les contrevenants sont considérés comme n'étant titulaires d'aucun droit réel sur les parcelles litigieuses et sur les immeubles qui y ont été édifiés. La solution s'appuie sur une logique implacable et sur les principes

¹³² CE, 6 mars 2002, *Triboulet*, n°217646 ; Note R. Haustiou, *RFDA*, 2003, p.60.

classiques qui fondent la domanialité publique¹³³, les maisons ayant été édifiées sur le domaine public maritime et les différents titres d'occupation ayant toujours été délivrés à titre temporaire, précaire et révocable. Le domaine public étant inaliénable et imprescriptible, les autorisations en cause n'ont, en aucun cas, pu avoir pour effet d'accorder aux occupants un droit de propriété. Au-delà des affaires en cause, il faut signaler que ces principes amènent systématiquement le juge administratif à écarter l'application de l'article 1 Protocole 1 de la Convention¹³⁴ dès lors qu'est en cause la revendication de droits de propriété sur le domaine public.

La Cour européenne va pourtant venir démentir cette analyse par deux arrêts rendus en Grande chambre en 2010¹³⁵ en estimant, par un raisonnement un peu alambiqué, que « le fait pour les lois internes d'un Etat de ne pas reconnaître un intérêt particulier comme 'droit', voire comme 'droit de propriété', ne s'oppose pas à ce que l'intérêt en question puisse néanmoins, dans certaines circonstances, passer pour un 'bien' au sens de l'article 1 Protocole 1. En l'espèce, le temps écoulé a fait naître l'existence d'un intérêt patrimonial du requérant à jouir de la maison, lequel était suffisamment reconnu et important pour constituer un 'bien' au sens de la norme exprimée dans la première phrase de l'article 1 Protocole 1, laquelle est donc

¹³³ Certains commentateurs s'étaient néanmoins interrogés sur la conventionnalité d'une telle solution ou ont postérieurement critiqué le raisonnement du Conseil d'Etat dans cette affaire, voir J.Ph. Brouant, « Occupations domaniales et CEDH », *AJDI*, 2002, p.512 ; F. Alhama, « L'indemnisation en cas de fin anticipée des autorisations domaniales », *AJDA*, 2010, p.1515.

¹³⁴ CAA Bordeaux, 25 fév. 1993, *Couach*, 92BX00020 ; CAA Paris, 27 mai 2003, *Syndicat des eaux d'Île-de-France*, n°98PA01042.

¹³⁵ Cour EDH, GC, 29 mars 2010, *Depalle c/ France* et *Brosset Triboulet et autres c/ France*, n°34044/02 et 34078/02 ; G. Gonzalez, *JCP*, G, 2010, act.451 ; Note R. Hostiou, *RFDA*, 2010, p.543.

applicable quant au grief examiné » (§68 de l'arrêt *Triboulet*). La Cour conclura néanmoins à l'absence de violation de l'article 1 Protocole 1, mais c'est l'applicabilité de cet article qui peut paraître déroutante pour le juge administratif, d'autant que la reconnaissance d'un « bien » n'a pas été admise par la Cour européenne sans réticences¹³⁶.

Face à des notions européennes très malléables et aux frontières extrêmement élastiques, il se peut en effet que le juge administratif soit dépassé et adopte des solutions qui seront, par la suite, contredites par la jurisprudence européenne.

*

Modulation du sens des jurisprudences et solutions européennes, cantonnement de leur portée, tout ceci conduit le juge administratif, tout en appliquant le droit européen, à une accommodation de ce dernier à la logique propre du juge national. Ceci peut s'inscrire dans une forme de dialogue tant que les frontières de l'inconventionnalité ne sont pas franchies. Cette stratégie de réappropriation des solutions européennes, qui manifeste l'autonomie du juge, se prolonge par une stratégie de renationalisation des solutions européennes.

¹³⁶ Voir l'opinion partiellement dissidente du juge J. Casadevall jointe aux arrêts.

SECTION II – UNE STRATEGIE DE RENATIONALISATION DES SOLUTIONS EUROPEENNES*Carole NIVARD*

La renationalisation, ou encore la « dé-conventionnalisation » selon l'expression du Pr. F. Sudre¹³⁷, désigne la situation dans laquelle le juge national décide de se fonder sur une norme interne plutôt que sur la norme européenne. Cette tendance doit être issue d'une stratégie de la part du juge. Dans certaines situations, la référence au droit interne ne résulte en effet que d'une application logique des fondements juridiques et non pas d'un choix tactique de la part du juge administratif. Relèveraient entre autres de cette catégorie, les cas d'application de normes de transposition des directives européennes ou les cas d'invocation par le requérant de la seule norme nationale équivalente.

La volonté de privilégier les sources nationales peut se justifier par une sorte de « chauvinisme jurisprudentiel » en vertu duquel le juge administratif préférerait affilier sa solution à sa propre jurisprudence antérieure plutôt qu'à la jurisprudence européenne. Cette position est particulièrement palpable lorsque la décision ressort bien plus clairement de la jurisprudence européenne que de celle du juge interne. Cette idée se trouve illustrée par l'arrêt *Société Decaux* rendu le 4 novembre 2005¹³⁸, dans lequel l'Assemblée générale du Conseil d'Etat qualifie de

¹³⁷ F. Sudre, « À propos d'un bric à brac jurisprudentiel : le respect des garanties du procès équitable par les autorités administratives indépendantes exerçant un pouvoir de sanction », *JCP G*, 2000, II 10267 ; F. Sudre, « Office du juge administratif et "déconventionnalisation" », in *Mélanges Jean-Philippe Colson*, PUG, 2004, pp. 413-425.

¹³⁸ CE, Ass., 4 novembre 2005, *Sté Decaux*, n° 247298, *RFDA*, 2005, 1083, concl. D. Casas ; *CJEG*, fév. 2006, 71, note F. Lichère.

marché public un contrat de mobilier urbain par lequel l'Administration autorise le cocontractant à exploiter une partie du mobilier à des fins publicitaires et l'exonère de redevance pour occupation du domaine public. Le juge administratif retient donc une définition souple de la notion de « contrat conclu à titre onéreux » en dépassant l'absence de prix versé par la collectivité et en relevant la présence d'avantages consentis. Or, cette solution est fondée sur le seul droit national alors qu'elle découlait de manière bien plus évidente de la jurisprudence de la Cour de Justice que de celle du Conseil d'Etat¹³⁹. La lecture des conclusions du Commissaire de Gouvernement s'avère révélatrice à cet égard de la volonté d'évitement du fondement communautaire¹⁴⁰.

Au-delà de ce seul motif, la renationalisation des sources par le juge administratif semble poursuivre d'autres objectifs au fond. Elle répond en effet à la volonté du juge administratif d'être en mesure de maîtriser les standards européens (§I) ainsi qu'à sa volonté de préserver les spécificités du droit administratif français (§II).

§ I – UNE VOLONTE DE MAITRISER LES STANDARDS EUROPEENS

En renationalisant ses sources, le juge administratif est mieux à même de maîtriser le contenu des exigences

¹³⁹ Seule la Cour de Justice s'était prononcée sur un contrat similaire in CJCE, 12 juillet 2001, *Ordine degli architetti delle Provinci di Milano et Lodi*, n° C-399/98, Rec. p. I-05409 en considérant qu'est conclu à titre onéreux un contrat par lequel la personne publique renonce à percevoir certaines recettes.

¹⁴⁰ Le Commissaire D. Casas relève ainsi que « *la jurisprudence n'a pas attendu l'essor du droit communautaire pour avoir, une conception relativement ouverte de la notion de prix* », *RFDA*, 2005, p. 1087.

européennes. Il peut ainsi être amené à dépasser les standards européens par un recours à des fondements textuels nationaux (A) ou à s'affranchir de ces standards par le recours aux principes généraux de droit interne (B).

A – Le possible dépassement des standards européens par le recours à des bases textuelles nationales

Le dépassement du standard européen par la garantie nationale offerte est rendu possible par le caractère subsidiaire des sources externes. Ce dépassement peut prendre la forme d'une évolution prétorienne autonome comme l'illustre l'abandon de la faute lourde en matière de responsabilité des autorités pénitentiaires du fait du suicide d'un détenu, notamment par l'arrêt *Delorme*¹⁴¹. Le passage à la faute simple rend en effet l'engagement de la responsabilité plus aisé que sur le fondement du droit européen¹⁴². En dehors de cette situation,

¹⁴¹ CE, 9 juillet 2007, *Delorme*, n° 281205, *LPA*, n° 202, 2007, 14, concl. M. Guyomar ; *AJDA*, 2007, 2094, note H. Arbousset. Le Conseil d'Etat et le Commissaire du gouvernement ne se réfèrent aucunement à la Convention ou à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme pour justifier le changement de jurisprudence. Sur cet arrêt, voir *supra* B. Belda, Partie II, chap. 1, spéc. p. 267.

¹⁴² L'article 2 de la Convention européenne des droits de l'homme impose une obligation positive de protéger la vie des détenus. La violation sera établie s'il est démontré « *que les autorités n'ont pas fait tout ce que l'on pouvait raisonnablement attendre d'elles pour empêcher la matérialisation d'un risque certain et immédiat pour la vie, dont elles avaient ou auraient dû avoir connaissance* » (CourEDH, 28 octobre 1998, *Osman c. Royaume-Uni*, req. 23452/94 § 116, *GACEDH* n° 12). Or, en matière de suicide de détenu, la Cour ne reconnaît que très rarement la réunion de ces conditions. Voir sur cette question M. Afroukh, « L'article 2 de la Convention européenne des droits de l'homme dans la jurisprudence administrative », *RFDA*, 2012, pp. 1153 et sq.

le juge administratif peut assurer une protection renforcée en se fondant sur un texte interne. Le positionnement du juge est alors plus ou moins actif selon qu'il se réfère simplement à une norme renforçant elle-même le standard européen (1) ou selon qu'il interprète cette norme de manière plus protectrice que le juge européen (2).

1 – La référence à des normes nationales plus protectrices

Dans un domaine traditionnellement irrigué par le droit européen, le juge administratif peut être amené à se référer à un fondement national lorsque celui-ci s'avère plus protecteur. Deux exemples peuvent être évoqués en droit des étrangers.

Depuis 1998¹⁴³, on sait que le droit français a intégré les exigences de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme en prévoyant l'octroi d'un titre de séjour portant la mention « vie privée et familiale » à l'étranger « *dont les liens personnels et familiaux en France [...] sont tels que le refus d'autoriser son séjour porterait à son droit au respect de sa vie privée et familiale une atteinte disproportionnée au regard du motif du refus* »¹⁴⁴. Le droit français est cependant allé au-delà des obligations européennes en prévoyant que le titre de séjour s'accompagne du droit d'exercer une activité professionnelle¹⁴⁵.

¹⁴³ En vertu de la loi n° 98-349 du 11 mai 1998 relative à l'entrée et au séjour des étrangers en France et au droit d'asile, *JORF* n° 109 du 12 mai 1998.

¹⁴⁴ Article 12 bis 7° de l'Ordonnance du 2 novembre 1945 modifiée relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France codifié depuis par l'article 313-11 7° du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (CEDESA).

¹⁴⁵ Article 12 ter de l'Ordonnance du 2 novembre 1945 modifiée et article L-313-3 du CEDESA.

Cette situation est relevée par le Conseil d'Etat qui, dans son avis *Berrad* du 30 novembre 1998¹⁴⁶, était saisi de la question de savoir si l'annulation d'un refus de titre de séjour portant atteinte au droit au respect de la vie privée et familiale impliquait nécessairement la délivrance du titre de séjour en question. La Haute juridiction note que si le droit de séjour tiré du respect de l'article 8 de la Convention n'emporte pas par lui-même un droit de travailler, les termes de l'Ordonnance accordent ce droit concomitamment au titre de séjour. L'exécution de la décision d'annulation du refus de séjour implique donc la délivrance du titre de séjour par l'Administration, sans autre condition, délivrance qui peut se voir prescrite le cas échéant par le juge de l'injonction. Le juge administratif estime donc que la norme européenne combinée avec la disposition interne permet d'accorder un droit qui n'est pas imposé par la première. Cette solution a été confirmée en 2006 par un avis *M. et Mme Lamri*¹⁴⁷.

Concernant toujours l'article 12 bis de l'Ordonnance de 1945, mais dans un autre contentieux, le juge administratif s'appuie sur une disposition nationale pour accorder une protection renforcée par rapport au standard européen. En effet, l'article 12 de la loi n° 99-944 du 15 novembre 1999 relative au Pacte civil de solidarité dispose que « *La conclusion d'un pacte civil de solidarité constitue l'un des éléments d'appréciation des liens personnels en France, au sens du 7° de l'article 12 bis de l'Ordonnance* ». Saisi dans le cadre de l'annulation d'arrêtés de reconduite à la frontière, le Conseil d'Etat est venu préciser que si cette disposition n'imposait pas l'octroi d'un titre de séjour « vie privée et familiale » à l'étranger ayant conclu un

¹⁴⁶ CE, avis, 30 novembre 1998, *Berrad*, n° 188350.

¹⁴⁷ CE, avis, 11 octobre 2006, *M. et Mme Lamri*, n° 292969.

Pacte civil de solidarité avec une personne séjournant légalement sur le territoire, l'existence d'un Pacte et d'une relation suffisamment stable peuvent contribuer à constater l'illégalité d'une décision de reconduite à la frontière qui affecterait la vie privée de l'étranger de manière excessive¹⁴⁸. Le juge administratif est venu par la suite appliquer cette solution au contentieux du refus de demande de visa¹⁴⁹. Par cette jurisprudence, et sur le fondement du droit français, le Conseil d'Etat vient ajouter un élément de contrôle à l'appréciation de l'atteinte au respect de la vie privée qui n'est que sous-jacent dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme¹⁵⁰.

2 – *L'interprétation plus protectrice des normes nationales*

Le juge administratif peut préférer se fonder sur une norme nationale dans la mesure où il en donne une interprétation plus protectrice que la garantie offerte par les normes européennes. Tel paraît être le cas en matière d'éloignement des étrangers malades susceptible de porter atteinte à l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme.

¹⁴⁸ CE, 29 juin 2001, *Préfet de la Haute Garonne c. M. Zahri*, n° 224166 ; CE, 9 février 2004, *Préfet de police c. M. Dante*, n° 243514. TA Nantes, 30 novembre 2004, *M. B. c. Préfet de Maine et Loire*, n° 03-4628, *Dr. Fam.*, 2005, n° 4, p. 18-20, note V. Larribau-Terneyre.

¹⁴⁹ CE, 13 avril 2005, *Amaan*, n° 268483.

¹⁵⁰ En l'absence de vie familiale, la Cour européenne prend en compte les liens personnels et sociaux tissés par l'étranger au sein du pays d'accueil dans le cadre du respect de sa vie privée (CourEDH, Gr. Ch., 9 octobre 2003, *Slivenko c. Lettonie*, *Rec.* 2003-X, § 96 ; CourEDH, Gr. Ch., 18 octobre 2006, *Üner c. Pays-Bas*, *Rec.* 2006-XII, §59).

A l'origine, le juge administratif s'est trouvé contraint de fonder ses décisions sur le droit national faute d'existence d'une jurisprudence de la Cour européenne adéquate. Se référant à la seule Ordonnance du 2 novembre 1945, le Conseil d'Etat prenait ainsi en compte l'état de santé de l'étranger comme élément de sa situation personnelle dans le but d'apprécier la proportionnalité de la mesure de reconduite à la frontière¹⁵¹. Ainsi, l'étranger malade pouvait invoquer l'impossibilité pour lui de supporter le voyage ainsi que de bénéficier d'une surveillance médicale appropriée dans le pays de destination afin d'obtenir l'annulation de la mesure prise à son encontre si elle s'avérait avoir des conséquences d'une exceptionnelle gravité. Le juge administratif a même pu anticiper la jurisprudence européenne en appliquant à cette situation le principe posé par l'arrêt *Soering*¹⁵² de la Cour européenne en vertu duquel un Etat peut violer l'article 3 de la Convention s'il éloigne un individu vers un Etat tiers où l'intéressé serait exposé à un risque réel de subir des traitements inhumains et dégradants¹⁵³. Ces affaires ont été tranchées avant l'adoption de l'arrêt *D. c. Royaume-Uni* du 2 mai 1997 dans lequel pour la première fois, la Cour admet que la responsabilité de l'Etat puisse être engagée même si les risques encourus par l'étranger résultent de facteurs extérieurs à la responsabilité de l'Etat de reconduite. La Cour constate la violation de la Convention étant donné les circonstances très

¹⁵¹ CE, 28 décembre 1992, n° 136795 ; CE, 26 mai 1993, n° 137814 ; CE, 30 novembre 1994, n° 146078 ; CE, 19 avril 1995, n° 148542.

¹⁵² Cour EDH, 7 juillet 1989, *Soering c. Royaume-Uni*, A.161, *GACEDH* n° 16.

¹⁵³ CE, 27 novembre 1996, *Laloui*, n° 158182. En l'espèce, le Conseil d'Etat a vérifié que vu l'état de santé du requérant, la mesure de reconduite à la frontière n'a pas fait courir de risques contraires à la disposition conventionnelle. Voir dans le même sens, TA Versailles, 26 septembre 1996, *Bamba Bamba, RFDA*, 1997, 315, concl. J. Krulic.

exceptionnelles de l'espèce (c'est-à-dire l'éloignement d'une personne en phase terminale du Sida renvoyée vers l'île de Saint-Kitts où elle ne bénéficierait a priori d'aucun soutien pour accompagner sa fin de vie). Cette évolution de la jurisprudence européenne ouvrirait une possibilité pour les requérants et le juge administratif de privilégier désormais le fondement conventionnel.

Cependant, la loi du 24 avril 1997 dite « loi Debré »¹⁵⁴ est venue réceptionner la jurisprudence nationale et ajouter un nouvel alinéa à l'article 25 de l'Ordonnance de 1945. Cette disposition est aujourd'hui codifiée par les articles L. 511-4 10° et L. 521-3 5° du CEDESA qui indiquent respectivement que, ne peut faire l'objet d'une obligation de quitter le territoire français ou d'une mesure d'expulsion, l'étranger dont l'état de santé nécessite une prise en charge médicale dont le défaut pourrait entraîner pour lui des conséquences d'une exceptionnelle gravité, sous réserve qu'il ne puisse effectivement bénéficier d'un traitement approprié dans le pays de renvoi. Dès 1998¹⁵⁵, il est prévu en outre que la personne dans cette situation vis-à-vis de son pays d'origine se voit octroyer un titre de séjour portant la mention « vie privée et familiale » (disposition codifiée à l'article L313-11 11° du CEDESA). L'existence de ces articles ont rendu l'invocation de l'article 3 de la Convention superflue. La jurisprudence administrative a ainsi privilégié le fondement national¹⁵⁶.

¹⁵⁴ Loi n° 97-396 du 24 avril 1997 portant diverses dispositions relatives à l'immigration dite « loi Debré », *JORF* n° 97 du 25 avril 1997.

¹⁵⁵ En vertu de la loi n° 98-349 du 11 mai 1998 relative à l'entrée et au séjour des étrangers en France et au droit d'asile, *JORF* n°109 du 12 mai 1998.

¹⁵⁶ CE, 17 mai 1999, *Préfet de police c. Mme Damba*, n° 199859 ; CE, 31 janvier 2000, *Préfet d'Ille et Vilaine*, n° 207768 ; CE, 30 juin 2003, *Préfet de police c. M.B.*, n° 252621, *AJDA*, 2003, 2207, concl. P. Fombeur ; CAA Paris, 15 décembre 2006, n° 06PA00482, *AJDA*, 2007, 749, note O. Lecucq ;

Cette situation s'est d'autant plus justifiée que le Conseil d'Etat est récemment venu donner une interprétation des dispositions nationales allant au-delà de la jurisprudence européenne. En effet, dans des arrêts *Bialy* et *Jabnoun*, du 7 avril 2010¹⁵⁷, le Conseil d'Etat revient sur sa jurisprudence en décidant de prendre pleinement en compte le critère de l'effectivité de l'accès au traitement approprié. En conséquence, même si l'existence de possibilités de traitement dans le pays d'origine ou de renvoi est avérée, l'étranger malade peut encore arguer de l'impossibilité pour lui d'y accéder « *soit parce qu'elles ne sont pas accessibles à la généralité de la population, eu égard notamment aux coûts du traitement ou à l'absence de modes de prise en charge adaptés, soit parce qu'en dépit de leur accessibilité, des circonstances exceptionnelles tirées des particularités de sa situation personnelle l'empêcheraient d'y accéder effectivement* ». Contrairement à sa position antérieure¹⁵⁸, le Conseil d'Etat admet donc le caractère opérant du moyen selon lequel le requérant ne pourrait accéder aux soins de manière effective faute de moyens économiques suffisants. Ce faisant, il impose une appréciation *in concreto* de la situation de l'étranger et non pas seulement théorique. Cette portée donnée aux dispositions françaises dépasse celle de l'article 3.

En effet, la Cour européenne a adopté une position bien plus rigoureuse à la suite de l'arrêt *D. c. Royaume-Uni*. D'une part, le juge strasbourgeois n'a jamais constaté de nouveau la réunion

CE, 14 février 2007, *M.H.*, n° 281220, *AJDA*, 2007, 1135, note C. Cournil ; CAA Paris, 25 juin 2008 n° 07PA02071, *AJDA*, 2008, 2134.

¹⁵⁷ CE, 7 avril 2010, *Bialy*, n° 316625 et *Jabnoun*, n° 301640, *AJDA*, 2010, 881, chron. S.-J. Liéber et D. Botteghi ; *JCP G*, 2010, 673, note N. Guimezanes ; *JCP A*, 2010, 2238, note B. Demagny et S. Slama.

¹⁵⁸ CE, 5 novembre 2005, *Singh*, n° 241505 ; CE, 28 décembre 2005, *Ramirez Castillo*, n° 275581 ; CE, 6 janvier 2006, *Rakotoveloa*, n° 263779 ; CE, 13 février 2008, *Antir*, n° 297518.

des circonstances exceptionnelles qui lui avaient permis de conclure à la violation de la Convention dans cette affaire¹⁵⁹. D'autre part, le caractère restrictif de la jurisprudence européenne apparaît ostensiblement lorsque sont mises en parallèle la solution prétorienne française et l'arrêt *N. c. Royaume-Uni* rendu par la Grande Chambre de la Cour européenne le 27 mai 2008¹⁶⁰. Cette affaire concernait une mesure d'expulsion prise à l'encontre d'une ressortissante ougandaise atteinte du virus du SIDA. Cette dernière alléguait la violation de la Convention du fait de l'exécution de cette mesure qui réduirait immanquablement son espérance de vie car elle se retrouverait privée des médicaments et soins nécessaires qui s'avèrent difficiles à trouver dans son pays et ont en outre un coût prohibitif. Or, la Cour conclut à l'absence de violation à la suite d'un contrôle dans lequel elle ne semble pas prendre en compte la réalité des futures conditions d'existence de la plaignante en Ouganda. Elle ne tire ainsi aucune conséquence de l'allégation d'absence de ressources suffisantes de la requérante et du fait que seuls la moitié des malades du Sida ont financièrement accès aux traitements. Par ailleurs, elle argue du caractère spéculatif de la dégradation de la santé de la requérante en évoquant la possibilité - non moins spéculative - d'une amélioration des traitements de l'infection du sida dans le monde entier dont cette dernière pourrait bénéficier de son vivant¹⁶¹.

¹⁵⁹ Voir notamment CourEDH, déc., 15 février 2000, *S.C.C. c. Suède*, req. 46553/99 ; CourEDH, 6 février 2001, *Bensaid c. Royaume-Uni*, req. 44599/98 ; CourEDH, déc., 25 novembre 2004, *Amegnigan c. Pays-Bas*, req. 25629/04 ; CourEDH, déc., 17 janvier 2006, *Aoulmi c. France*, req. 50278/99.

¹⁶⁰ CourEDH, Gr. Ch., 27 mai 2008, *N. c. Royaume-Uni*, req. 26565/05, *RTDH*, 2009, 261, note F. Julien-Laferrière.

¹⁶¹ *Ibid.*, § 48 et § 50.

La nouvelle jurisprudence du Conseil d'Etat semble offrir une meilleure garantie des intérêts individuels, à un point tel que le législateur a décidé de modifier les dispositions du CEDESA en vue de restreindre sa portée¹⁶². Désormais, le Code réserve le droit de séjourner aux cas d'« *absence d'un traitement approprié dans le pays de renvoi, sauf circonstance humanitaire exceptionnelle appréciée par l'autorité administrative après avis du directeur général de l'agence régionale de santé* ». Pour l'heure, cette modification législative, validée par le Conseil constitutionnel¹⁶³, ne semble cependant pas inciter le Conseil d'Etat à revenir sur sa jurisprudence. Après l'adoption de la loi, le Conseil d'Etat a ainsi fait application de sa solution dans d'autres affaires¹⁶⁴ et a étendu son application à l'accord franco-algérien¹⁶⁵ ainsi qu'à la question du droit au séjour de la mère d'un enfant malade¹⁶⁶.

¹⁶² Les articles L.313-11 et L. 511-4, 10° ont été modifiés par la loi n° 2011-672 du 16 juin 2011 relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité, *JORF* n° 0139 du 17 juin 2011.

¹⁶³ CC, 9 juin 2011, n° 2011-631 DC, *Loi relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité*.

¹⁶⁴ Les faits concernaient cependant des mesures prises avant l'entrée en vigueur de la loi n° 2011-672 précitée. Pour ce qui concerne des faits ultérieurs à la modification, la jurisprudence des Cours administratives d'appel est hétérogène, certaines continuant à appliquer la jurisprudence du Conseil d'Etat (CAA Nantes, 29 décembre 2011, n° 11NT00968 ; CAA Douai, 29 novembre 2011, n° 11DA00987), d'autres appliquant la seule lettre de la loi (CAA Lyon, 28 février 2012, n° 11LY01534).

¹⁶⁵ L'accord franco-algérien n'a cependant pas été modifié par la loi n° 2011-672 précitée.

¹⁶⁶ CE, 26 juillet 2011, n° 335752.

B – L'affranchissement des standards européens par le recours aux principes généraux du droit

La réception par le juge administratif des exigences de la jurisprudence européenne peut se matérialiser par une application et une interprétation conformes des dispositions européennes. Elle peut également consister en l'octroi d'une garantie équivalente offerte par le biais d'un principe général de droit français. Ce faisant, le juge administratif assure la compatibilité de sa jurisprudence au droit européen tout en préservant son autonomie. Le passage par un principe général de droit permet en effet au juge de maintenir l'indépendance d'application du principe par rapport aux limites du champ du droit européen (1) ainsi que de s'émanciper, bien que de manière relative, de la détermination des garanties substantielles assorties (2).

1 – L'indépendance recherchée par rapport au champ d'application du droit européen

Le recours aux principes généraux du droit administratif plutôt que la référence à la norme européenne a été privilégié par le juge administratif lorsqu'il a souhaité affranchir sa jurisprudence du champ d'application de ce droit. Ce faisant, il assure une application plus générale aux exigences posées par le droit européen.

Le juge administratif a ainsi intégré la plupart des garanties offertes par l'article 6§1 de la Convention européenne sous la

forme de principes généraux de droit interne dans le but affirmé de dépasser son champ d'application¹⁶⁷.

Tel aurait été l'objet du célèbre arrêt *Didier* dans lequel le Conseil d'Etat en Assemblée a consacré le « principe d'impartialité rappelé à l'article 6-1 de la Convention »¹⁶⁸. En conformité avec la jurisprudence européenne¹⁶⁹, le juge administratif avait estimé en l'espèce que la procédure suivie devant le Conseil des marchés financiers n'avait pas à respecter l'ensemble des garanties imposées par l'article 6 de la Convention dans la mesure où ses décisions de sanction pouvaient faire l'objet d'un recours de plein contentieux devant le Conseil d'Etat, juridiction respectueuse de l'ensemble de ces garanties. En revanche, cette autorité administrative était en tout état de cause tenue de respecter le principe d'impartialité de l'action administrative qui, selon les termes du Commissaire du Gouvernement¹⁷⁰, est un principe général de droit interne. Ainsi, le juge administratif redécouvre ce principe, qui n'avait jamais fait l'objet d'une consécration formelle¹⁷¹, en vue de soumettre l'autorité administrative indépendante au respect d'exigences que le droit européen n'impose pas au niveau de la phase

¹⁶⁷ Voir, pour une réflexion plus complète, J.-M. Maillot, *La théorie administrativiste des principes généraux du droit : Continuité et modernité*, Dalloz, 2003, pp. 264 et sq.

¹⁶⁸ CE, Ass., 3 décembre 1999, *Didier*, n° 207434, *GAJA*, 18^{ème} éd., 2011, n° 102, *RFDA*, 2000, 584, concl. A. Seban ; *RDP*, 2000, 349, note Guettier ; *JCP G*, 2000, II 10267, note F. Sudre.

¹⁶⁹ CourEDH, 28 janvier 1983, *Albert et Le Compte c. France*, A.58.

¹⁷⁰ Conclusions du Commissaire du Gouvernement A. Seban, *RFDA*, 2000, p. 581.

¹⁷¹ L'arrêt CE, 20 juin 1958, *Louis*, Rec. p. 368 auquel se réfère le Commissaire du Gouvernement n'emploie pas le terme d'impartialité.

administrative¹⁷². Le même jour l'Assemblée du Conseil d'Etat a également fait application de cette solution à une décision de la Commission nationale de l'informatique et des libertés à laquelle l'article 6§1 de la Convention était inapplicable faute d'émaner d'un tribunal selon les termes du Conseil d'Etat mais, en tout état de cause, faute de relever de la matière civile ou de la matière pénale au sens de la Convention¹⁷³. Le passage par un principe d'origine interne relève donc clairement d'une stratégie du juge administratif afin de donner une portée générale au principe d'impartialité¹⁷⁴. Ce principe s'impose à l'ensemble des juridictions administratives (y inclus les juridictions administratives spécialisées¹⁷⁵) mais également à l'ensemble des

¹⁷² Pour d'autres applications voir CE, 2 novembre 2005, *Sté Banque privée Fideuram Wargny*, n° 271202 ; CE, 28 juillet 2007, *Piard*, n° 293908 (Commission des sanctions de l'Autorité des marchés financiers) ; CE, 31 mars 2004, *Sté Etna Finance*, n° 243579 (Conseil de discipline de la gestion financière) ; CE, 6 janvier 2006, *Sté Lebanese communication group*, n° 279596 (Conseil supérieur de l'audiovisuel) ; CE, 30 mars 2007, *Sté Predica*, n° 277991 (Commission de contrôle des assurances) ; CE, 17 novembre 2006, *Sté CNP Assurance*, n° 276926 ; CE, 22 décembre 2011, *Union mutualiste générale de prévoyance*, n° 323612 (Autorité de contrôle des assurances et des mutuelles).

¹⁷³ CE, ass, 3 décembre 1999, *Caisse de crédit mutuel de Bains-Tresboeuf*, n° 197060 et 197061. La CNIL ne disposait pas encore de pouvoir de sanction.

¹⁷⁴ Voir en ce sens M. Long, P. Weil, G. Braibant, P. Delvolvé et B. Genevois, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Dalloz, 18^{ème} éd., 2011, n° 102.

¹⁷⁵ CE, Ass., 6 décembre 2002, *Trognon*, n° 240028 ; CE, 6 décembre 2002, *Aïn-Lhout*, n° 221319 (concernant la Commission centrale d'aide sociale et la Commission départementale des travailleurs handicapés). Il est vrai que la motivation du Conseil d'Etat dans ces deux arrêts n'est pas dénuée d'ambiguïté, puisque s'il contrôle le respect du principe d'impartialité qui s'applique à toute juridiction, il n'en a pas moins pris soin au préalable de constater l'applicabilité de l'article 6§1. Mais sans doute cette étape était-elle commandée à la fois par les moyens soulevés devant lui (qui étaient bien des moyens d'inconventionnalité) et par la nature du premier grief, touchant à

autorités administratives en dehors de toute contestation sur des droits et obligations à caractère civil ou accusation en matière pénale. Le principe a par exemple été appliqué par le Conseil d'Etat à la procédure disciplinaire devant le Conseil supérieur de la magistrature¹⁷⁶ ou encore à la question de la composition d'un jury d'examen professionnel¹⁷⁷.

Outre cette fonction essentielle de généralisation, la référence à un principe, plutôt qu'à la norme européenne, présente au demeurant, un autre atout, dont témoigne le contentieux lié à la composition des commissions départementales d'aide sociale. En effet, dans son arrêt *Maciolak* du 6 décembre 2002¹⁷⁸, le Conseil d'Etat statuant en Assemblée a considéré que s'il appartient au juge d'appel, et donc à la Commission centrale d'aide sociale, de soulever d'office le moyen de la violation des principes gouvernant la mise en œuvre des règles législatives de composition de la commission départementale, il n'est en revanche pas tenu d'apprécier la conformité de cette composition aux normes internationales. Par la suite, un arrêt de 2005¹⁷⁹ est venu préciser et confirmer que le juge d'appel pouvait soulever d'office le

l'absence de publicité des audiences (puisque la publicité devant les juridictions administratives n'a pas rang de principe, en droit interne).

¹⁷⁶ CE, 29 juillet 2002, *Mme R.*, n° 224952, *AJDA*, 2002, 1394, note D. Costa. Le Conseil d'Etat applique ainsi le principe en dehors du champ de l'article 6§1 qui était inapplicable aux « *litiges des agents publics dont l'emploi est caractéristique des activités spécifiques de l'administration publique dans la mesure où celle-ci agit comme détentrice de la puissance publique chargée de la sauvegarde des intérêts généraux de l'Etat* » en vertu de l'ancienne jurisprudence CourEDH, 8 décembre 1999, *Pellegrin c. France*, req. 28541/95.

¹⁷⁷ CE, 18 juillet 2008, *Mme Baysse*, n° 291997.

¹⁷⁸ CE, Ass. 6 décembre 2002, *Maciolak*, n° 239540.

¹⁷⁹ CE, 14 mars 2005, *Département de l'Allier*, n° 259662.

moyen d'ordre public de la méconnaissance des principes d'impartialité et d'indépendance dans la mesure où cela ne revient pas à apprécier le moyen de la violation de l'article 6§1 de la Convention européenne dans laquelle ces principes ne sont que rappelés. Dans ce cas, la renationalisation par le biais des principes généraux de droit permet d'outrepasser les limites d'intervention de la Convention qui n'est pas un moyen d'ordre public à l'encontre de dispositions législatives.

Le Conseil d'Etat a adopté une position identique à celle de l'arrêt *Didier* s'agissant du « principe des droits de la défense rappelés par l'article 6, §1 »¹⁸⁰ et « précisé » par l'article 6§3 de la Convention¹⁸¹. De la même manière, cette jurisprudence permet au juge administratif d'imposer le respect de droits qui ne sont pas exigés par la jurisprudence européenne à ce niveau.

Toujours concernant l'article 6§1 de la Convention, le juge administratif est venu réceptionner la jurisprudence européenne en matière d'engagement de la responsabilité de l'Etat du fait de la longueur des procédures en se fondant sur la Convention mais également sur les principes généraux qui gouvernent le fonctionnement des juridictions administratives. Il précise ainsi que l'exigence du délai raisonnable résulte des dispositions de la Convention « lorsque le litige entre dans leur champ d'application » et « dans tous les cas », c'est-à-dire pour l'ensemble des litiges, des principes généraux de droit interne¹⁸².

¹⁸⁰ CE, 2 novembre 2005, *Sté Banque privée Fideuram Wargny*, n° 271202.

¹⁸¹ CE, 27 octobre 2006, *Parent et autres*, n° 276069, *AJDA*, 2007, 80, note M. Collet (Conseil de discipline de la gestion financière et Commission des sanctions de l'Autorité des marchés financiers) ; CE, 23 avril 2009, *Cie Blue Line*, n° 314918 (Autorité de contrôle des nuisances sonores).

¹⁸² CE, Ass., 28 juin 2002, *Magiera*, n° 239575, *AJDA*, 2002, 596, note F. Donnat et D. Casas ; *RFDA*, 2002, 756, concl. F. Lamy.

Par ailleurs, le juge administratif a pu favoriser des principes généraux de droit en vue de dépasser le champ d'application du droit de l'Union européenne. Les règles relatives à la passation des marchés publics constituent une illustration pertinente à cet égard. Ainsi, dans sa jurisprudence *Établissement public du musée et domaine national de Versailles*¹⁸³, le Conseil d'Etat soumet les délégations de service public aux « principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures, qui sont des principes généraux du droit de la commande publique ». La Haute juridiction précise en outre que cette exigence s'impose à l'ensemble des délégations de service public « qu'elles entrent ou non dans le champ du droit communautaire ».

Ce faisant le juge administratif fonde sa décision sur des principes érigés en principes généraux¹⁸⁴ qui sont rappelés à l'article 1^{er} du Code des marchés publics et ont en outre valeur constitutionnelle¹⁸⁵. Ces divers fondements nationaux ne doivent pas faire oublier l'affirmation d'abord communautaire desdits principes, notamment par l'arrêt *Telaustria*¹⁸⁶ venu préciser que

¹⁸³ CE, 23 décembre 2009, *Établissement public du musée et du domaine national de Versailles*, n° 328827, *AJDA*, 2010, 500, note J.-D. Dreyfus ; *Dr. adm.*, 2010, comm. 36, obs. G. Eckert ; *JCP A*, 2010, 2103, note F. Dieu.

¹⁸⁴ CE, avis, 29 juillet 2002, *Sté MAJ Blanchisseries de Pantin*, n° 246921, *BJCP*, 2002, 427, concl. D. Piveteau.

¹⁸⁵ CC, 26 juin 2003, n° 2003-473 DC, *Loi habilitant le Gouvernement à simplifier le droit* ; CC, 24 juillet 2008, n° 2008-567 DC, *Loi relative aux contrats de partenariat*.

¹⁸⁶ CJCE, 7 déc. 2000, *Telaustria*, aff. C-324/98. Le tribunal administratif dans l'affaire *Établissement public du musée et domaine national de Versailles* avait d'ailleurs fondé son jugement sur les seules normes communautaires (TA Versailles, ord., 28 mai 2009, *Sté Antenna Audio*, C. et marchés publics, 2009, comm. 237, obs. F. Llorens).

le principe de non-discrimination et l'obligation de transparence que doivent respecter les entités adjudicatrices résultent du traité et s'imposent donc même si les marchés ne relèvent pas de directives en vigueur¹⁸⁷. Toutefois, l'applicabilité du droit de l'Union européenne est limitée, selon la même Cour, aux marchés ayant « *un intérêt transfrontalier certain* »¹⁸⁸. Les marchés les plus modestes ne relèvent donc pas du droit communautaire. Ils doivent cependant respecter les principes généraux internes dont la formulation permet d'étendre sinon les exigences européennes, du moins des exigences très comparables, à l'ensemble des contrats de commande publique. Dans la continuité de cette jurisprudence, c'est sur le seul fondement du droit interne et donc, des principes généraux du droit de la commande publique, que le Conseil d'Etat a constaté l'illégalité du décret n° 2008-1356 du 19 décembre 2008 en tant qu'il faisait passer de 4 000 à 20 000 euros le seuil des marchés pouvant être passés sans publicité ni mise en concurrence¹⁸⁹. La faible ampleur de ces marchés justifiait bien le passage par les sources internes.

¹⁸⁷ A cet égard, on a pu supposer un « effet de contagion » de la jurisprudence *Telaustria* sur le droit interne, dans la mesure où les principes généraux de libre accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures ont été dégagés pour la première fois par le juge administratif, dans l'avis du 29 juillet 2002, à la suite de l'arrêt de la Cour, « alors que le Conseil d'Etat avait toujours refusé jusqu'alors de faire prévaloir un principe général de mise en concurrence » (F. Lichère, « L'influence du droit communautaire sur le droit des contrats publics », in J.-B. Auby et J. Dutheil de La Rochère (dir.), *Droit administratif européen*, Bruylant, 2007, pp. 945-968, spéc. p. 958).

¹⁸⁸ CJCE, 13 novembre 2007, *Commission c. Irlande*, aff. C-507/03.

¹⁸⁹ CE, 10 février 2010, *Perez*, req. n° 329100

2 – L'émancipation relative dans la détermination des garanties substantielles

La renationalisation des sources par le biais des principes généraux peut se justifier par la volonté du juge administratif de maîtriser l'applicabilité de certaines obligations formulées par les juges européens. Elle lui permet encore de s'octroyer une certaine autonomie dans la définition de ces obligations.

Pour l'essentiel, les principes généraux de droit interne tels que mis en œuvre par le juge administratif ont un contenu similaire à celui de la norme européenne correspondante. Tel est le cas pour le principe d'impartialité que le Conseil d'Etat applique de manière scrupuleusement conforme aux enseignements de la jurisprudence européenne¹⁹⁰. Cette considération vaut également pour l'application du principe dès la phase de la procédure devant l'autorité de régulation qui semble faire écho à une certaine jurisprudence de la Cour européenne considérant que le caractère fondamental du principe d'impartialité empêcherait que le vice de partialité puisse être corrigé par un contrôle ultérieur, même devant un tribunal de pleine juridiction¹⁹¹. En ce sens, le juge national peut apparaître très influencé par les obligations européennes dans certains domaines.

¹⁹⁰ Voir, entre autres exemples, F. Sudre, *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, 10^{ème} éd., 2011, pp. 439-448 ; M. Long, P. Weil, G. Braibant, P. Delvolvé et B. Genevois, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Dalloz, 18^{ème} éd., 2011, n° 102.

¹⁹¹ CourEDH, 26 octobre 1984, *De Cubber c. Belgique*, A.82 ; CourEDH, 14 novembre 2000, *Riepan c. Autriche*, Rec. 2000-XII. Voir également L. Milano, *Le droit à un tribunal au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Dalloz, 2006, pp. 358 et sq. Pour une solution contraire plus récente, voir CourEDH, 6 janvier 2010, *Vera-Fernandez-Huidobro c. Espagne*, req. 74181/01 s'agissant d'un juge d'instruction.

Il peut toutefois arriver que l'emploi d'un principe général du droit lui permette de s'émanciper du contenu de la norme externe. Comme en matière d'applicabilité, le contentieux relatif à l'article 6§1 de la Convention et celui des principes généraux du droit de la commande publique illustrent singulièrement cette hypothèse.

Comme il a été vu *supra*, le Conseil d'Etat, dans son arrêt *Parent*, a imposé le respect du principe des droits de la défense par la procédure suivie devant les autorités administratives indépendantes que sont le conseil de discipline de la gestion financière et la commission des sanctions de l'Autorité des marchés financiers. Le juge administratif a donc élargi à la procédure administrative le champ d'application des exigences européennes mais seulement pour certaines d'entre elles. Le recours aux principes généraux lui procure une certaine marge de manœuvre à cet égard. Ainsi, l'arrêt *Parent* précise que la procédure administrative doit se conformer au principe des droits de la défense et notamment à l'ensemble des garanties qu'il suppose et qui sont rappelées à l'article 6§3 de la Convention¹⁹², à l'exception du droit à l'assistance gratuite d'un avocat formulé à l'article 6§3 c. Cette dernière exclusion traduit l'émancipation du juge administratif par rapport au contenu des garanties européennes évoquées. Le juge administratif distingue en effet ce droit des autres droits consacrés à l'article 6§3 en estimant que son respect n'est pas requis « *pour garantir, dès*

¹⁹² Le Conseil d'Etat présente ces garanties comme « le a. du § 3 de l'article 6, qui exige la communication préalable des griefs, par le b. qui impose que la personne poursuivie dispose de temps pour se défendre, le c. en tant qu'il lui donne droit de se défendre elle-même ou de recourir à l'assistance d'une personne de son choix, le d. qui garantit l'égalité des droits pour l'audition des témoins et le e. qui prévoit la possibilité d'une assistance gratuite d'un interprète ».

l'origine de la procédure, son caractère équitable par le respect de la conduite contradictoire des débats » et qu'il relève « *des modalités propres aux procédures juridictionnelles* ». Cette dernière formule est tirée des conclusions du Commissaire du Gouvernement dont le Conseil d'Etat s'affranchit cependant en ne retenant pas la liste des garanties proposée par le Commissaire du Gouvernement qui avait encore exclu le principe d'égalité des droits pour l'audition des témoins consacré à l'article 6§3 d. Par la suite, le Conseil d'Etat a complété au fur et à mesure de sa jurisprudence la liste des garanties qui ne s'imposent pas au stade de la procédure administrative sur le fondement des principes d'impartialité et de droits de défense. Ne sont pas exigés, la publicité des débats¹⁹³, la mention des noms des membres ayant siégé le jour de la décision¹⁹⁴, le droit d'être entendu¹⁹⁵.

La question de la passation des marchés publics, très imprégnée du droit de l'Union européenne, constitue une deuxième illustration. En vertu de sa jurisprudence *Région Nord Pas de Calais*, le Conseil d'Etat a soumis la procédure adaptée telle que prévue à l'article 28 du Code des marchés publics au respect des principes généraux de la commande publique¹⁹⁶. La procédure adaptée a été créée par le législateur français en vue de soumettre la procédure de passation des marchés de faible

¹⁹³ CE, 10 mai 2004, *Crédit du Nord*, n° 241587 (Conseil de discipline de la gestion financière).

¹⁹⁴ CE, 23 mars 2005, *Société financière Hottinguer*, n° 260673 (Conseil de discipline de la gestion financière).

¹⁹⁵ CE, 23 avril 2009, *Compagnie Blue Line*, n° 314918 (Autorité de contrôle des nuisances sonores).

¹⁹⁶ CE, 7 octobre 2005, *Région Nord Pas de Calais*, n° 278732, *AJDA* 2005. 2128, note J.-D. Dreyfus ; *Dr. adm.* 2005, n° 168, obs. A. Ménéménis ; *Contrats Marchés publ.*, 2005, n° 11, note F. Lichère.

ampleur dont le montant est inférieur à certains seuils déterminés à des formalités minimales¹⁹⁷. La première version de l'article prévoyait alors que ces marchés devaient être passés « *selon des modalités de publicité et de mise en concurrence déterminées par la personne responsable du marché en fonction de leur objet et de leurs caractéristiques* ». L'arrêt du Conseil d'Etat vient donc encadrer la liberté de l'adjudicateur qui était pourtant censée primer à la lecture des termes du Code. En l'espèce, la Haute juridiction annule une procédure de passation de marché en estimant insuffisante les modalités de publicité choisie par la collectivité territoriale. Cette dernière, en vue de passer un marché relatif à la programmation et à l'implantation d'une antenne du musée du Louvre à Lens d'un montant de 35 000 euros, avait publié l'annonce dans un quotidien régional ainsi que sur le site internet du conseil régional. La rigueur et les subtilités du contrôle du Conseil s'agissant d'un marché d'un faible montant démontrent que le juge administratif souhaite construire sa jurisprudence indépendamment des normes européennes¹⁹⁸. La renationalisation donne donc au juge administratif une marge de liberté accrue quant à l'étendue des contraintes qui s'imposent aux collectivités. La jurisprudence *Association pour la transparence et la moralité des marchés*¹⁹⁹

¹⁹⁷ L'absence d'obligation procédurale particulière pour ces marchés avait été mise en cause tant par la Commission européenne, dans un avis motivé du 17 octobre 2002 relatif au Code des marchés publics de 2001, *IP/02/1507*, *Contrats et marchés publics*, 2002, comm. 244 et 264, p. 9 et 30, que par le Conseil d'Etat dans son avis du 29 juillet 2002, *Sté MAJ Blanchisseries de Pantin*, n° 246921, *BJCP*, 2002, 427, concl. D. Piveteau.

¹⁹⁸ Voir en ce sens L. Llorens et P. Soler-Couteaux, « Procédure adaptée communautaire et procédure adaptée nationale », *Contrats et marchés publics*, mars 2007, p. 2.

¹⁹⁹ CE, 23 février 2005, *Association pour la transparence et la moralité des marchés publics*, n° 264712, *RFDA*, 2005, 483, concl. D. Casas ; *Dr. adm.*, 2005, comm. 65, note A. Ménéménis ; *AJDA*, 2005, 668, note J.-D. Dreyfus.

pourrait être interprétée dans le même sens. Par cet arrêt, le Conseil d'Etat constate l'illégalité du décret n° 2004-15 du 7 janvier 2004 portant Code des marchés publics en raison du caractère général d'une clause de dérogation aux formalités de publicité ou de mise en concurrence s'agissant des marchés de services. Le Conseil constate la violation des principes généraux de la commande publique malgré l'invocation par les requérants de la jurisprudence *Telaustria* de la Cour de Justice. Ce faisant, le juge administratif évite de répondre à la question contestée de l'applicabilité de cette jurisprudence en présence d'une directive règlementant le domaine et que les dispositions internes transposaient²⁰⁰. Il s'émancipe ainsi de l'application et du contenu du droit européen pour faire prévaloir son propre niveau d'exigence imposé à la passation des marchés publics.

§ II – UNE VOLONTE DE PRESERVER LES SPECIFICITES DU DROIT ADMINISTRATIF

Par la renationalisation des sources, le juge administratif peut poursuivre l'objectif de préserver les spécificités de droit administratif. Par ce biais, le juge tente d'appliquer le droit interne en conformité avec les exigences européennes tout en ne remettant pas en cause les concepts et institutions les plus ancrés du droit administratif français. Les jurisprudences illustratives de cette démarche concernent tant les spécificités du droit administratif d'ordre organisationnel (A) que celles d'ordre matériel comme le démontre l'exemple du principe d'égalité (B).

²⁰⁰ Directive 92/50/CEE du 18 juin 1992 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services, *JOCE* n° L 209 du 24 juillet 1992.

A – Les spécificités d’ordre organisationnel

La procédure inquisitoriale devant le juge administratif (1) ainsi que la logique des corps dans la fonction publique (2) constituent des spécificités françaises dont le juge administratif cherche à préserver l’intégrité par le biais de la renationalisation des sources.

1. La procédure inquisitoriale devant le juge administratif

L’adaptation du droit interne au droit de l’Union européenne a pu inciter le Conseil d’Etat à intervenir en vue de protéger la procédure inquisitoriale devant le juge administratif. En effet, un ensemble de directives européennes ainsi que la jurisprudence de la Cour de Justice ont posé des règles en matière d’interdiction des discriminations dont la réception en droit français a nécessité des modifications notamment législatives. Une des exigences posées par le droit de l’Union européenne est celle du renversement de la charge de la preuve devant l’instance amenée à connaître d’une allégation de discrimination. Sans ce renversement, il est en effet extrêmement difficile pour l’individu concerné de prouver la discrimination. Aussi, l’article 10 de la directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d’un cadre général en faveur de l’égalité de traitement en matière d’emploi et de travail²⁰¹ prévoit que, dès lors qu’une personne « *établit, devant une juridiction ou une autre instance compétente, des faits qui permettent de présumer l’existence d’une discrimination directe ou indirecte, il incombe à la partie défenderesse de*

²⁰¹ Cette directive s’applique à « toute personne, tant pour le secteur public que pour le secteur privé, y compris les organismes de droit public » (article 3).

prouver qu'il n'y a pas eu violation du principe de l'égalité de traitement ». Ce raisonnement en deux temps a été repris par l'article 4 de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 qui procède à une transposition conforme aux termes de la directive²⁰². Dans ce cadre, le Conseil d'Etat a été saisi d'un recours en annulation pour excès de pouvoir à l'encontre d'un décret de nomination d'une magistrate dont la requérante, Mme Perreux, candidate déçue, alléguait le caractère discriminatoire. Cette dernière invoquait le bénéfice du renversement de la charge de la preuve prévu par la Directive 2000/78.

L'arrêt du Conseil d'Etat rendu en Assemblée²⁰³ a eu une importance fondamentale dans la mesure où il reconnaît de manière inédite et conformément à la jurisprudence de la Cour

²⁰² L'article 4 de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations, *JORF* n°0123 du 28 mai 2008, dispose que « *Toute personne qui s'estime victime d'une discrimination directe ou indirecte présente devant la juridiction compétente les faits qui permettent d'en présumer l'existence. Au vu de ces éléments, il appartient à la partie défenderesse de prouver que la mesure en cause est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination* ». Certains commentateurs (S.-J. Liéber et D. Botteghi, chronique, *AJDA*, 2009, 2391) ont pu s'interroger sur les termes de cette transposition dans la mesure où la norme interne n'exige pas du défendeur qu'il prouve l'absence de discrimination mais seulement qu'il apporte la preuve que la mesure contestée est justifiée par « *des éléments objectifs étrangers à toute discrimination* ». Selon eux, une mesure pourrait à la fois être fondée sur des critères objectifs et avoir été adoptée dans un contexte ou dans un but inavoué qui serait discriminatoire. Cependant, dans ce cas, les motifs ne seraient justement pas étrangers à toute discrimination.

²⁰³ CE, 30 octobre 2009, *Perreux*, req. n° 298348, *GAJA*, 18e éd., 2011, n° 117 ; *AJDA*, 2009, 2391, chron. S.-J. Liéber et D. Botteghi ; *D.*, 2010, 553, obs. M.-C. de Montecler ; *RFDA*, 2009, 1125, concl. M. Guyomar ; *ibid.*, 1146, note P. Cassia ; *ibid.*, 2010, 126, note M. Canedo-Paris ; *RTD eur.*, 2010, 223, note D. Ritleng.

de Justice que certaines dispositions d'une directive puissent jouir d'un effet direct. En l'espèce, le constat d'un tel effet de l'article 10 de la Directive était nécessaire à son application au bénéfice de la requérante dans la mesure où la norme de transposition, la loi de 2008, n'était pas encore entrée en vigueur au moment des faits. Cependant, le Conseil d'Etat refuse d'admettre l'effet direct de cette disposition faute de caractère inconditionnel. L'article 10§5 de la Directive précise en effet que « *Les Etats membres peuvent ne pas appliquer [la règle du renversement de la charge de la preuve] aux procédures dans lesquelles l'instruction des faits incombe à la juridiction ou à l'instance compétente* ». L'absence d'effet direct n'empêchait pas le Conseil d'Etat, en vertu de sa propre jurisprudence²⁰⁴, d'interpréter le droit interne en conformité avec les exigences de la Directive. Cependant, il a choisi d'établir « *de manière autonome* »²⁰⁵ un régime probatoire spécifique qu'il justifie dans sa décision par la nécessité de tenir compte « *des difficultés propres à l'administration de la preuve en ce domaine et des exigences qui s'attachent aux principes à valeur constitutionnelle des droits de la défense et de l'égalité de traitement des personnes* ».

Le dispositif défini par le juge administratif est décrit de la manière suivante : « *s'il appartient au requérant qui s'estime lésé par une telle mesure de soumettre au juge des éléments de fait susceptibles de faire présumer une atteinte à ce dernier principe, il incombe au défendeur de produire tous ceux permettant d'établir que la décision attaquée repose sur des*

²⁰⁴ CE, 22 décembre 1989, *Cercle militaire mixte de la caserne Mortier*, n° 86113 ; CE, 3 décembre 1999, *Association ornithologique et mammalogique de Saône-et-Loire et ROC*, n° 199622 et 200124.

²⁰⁵ Selon les termes du communiqué de presse du Conseil d'Etat relatif à cet arrêt.

éléments objectifs étrangers à toute discrimination ; que la conviction du juge, à qui il revient d'apprécier si la décision contestée devant lui a été ou non prise pour des motifs entachés de discrimination, se détermine au vu de ces échanges contradictoires ; qu'en cas de doute, il lui appartient de compléter ces échanges en ordonnant toute mesure d'instruction utile ». Une lecture parallèle des dispositions et jurisprudences existantes au moment de l'adoption de l'arrêt, ainsi que des conclusions du Commissaire du Gouvernement, démontre que le Conseil a puisé dans sa propre jurisprudence et notamment dans sa décision *Barel*²⁰⁶, en vue d'élaborer ce régime probatoire. Elle enseigne encore que le Conseil d'Etat n'était cependant pas totalement libre dans sa définition mais guidé par le respect de sources diverses. Ainsi, en prévoyant que le requérant n'est tenu que de soumettre au juge « *des éléments de fait susceptibles de faire présumer* » la discrimination, il procède à un allègement de la charge de la preuve allant dans le sens des exigences européennes. Il revient alors au défendeur de fournir les preuves factuelles que sa mesure repose sur des « *éléments objectifs étrangers à toute discrimination* ». Le Conseil d'Etat est à ce titre influencé par une réserve d'interprétation énoncée antérieurement par le Conseil constitutionnel s'agissant de la loi de transposition de la Directive 2000/78 aux cas de harcèlement au travail. Pour le juge constitutionnel, le principe des droits de la défense, en particulier l'égalité des armes, impose de permettre au défendeur de prouver que sa décision est motivée

²⁰⁶ CE, Ass., 28 mai 1954, *Barel*, Lebon 308 dans lequel le Conseil a censuré une atteinte au principe d'égalité de l'accès aux emplois et fonctions publics du fait du refus du droit de concourir opposés à certains candidats en raison de leurs opinions politiques. Or, faute de production des dossiers des candidats par l'Administration, le Conseil avait considéré les motifs allégués par les requérants comme établis.

par des objectifs étrangers au harcèlement²⁰⁷. Néanmoins, le Conseil d'Etat marque son autonomie en affaiblissant l'obligation du défendeur, seulement tenu de *produire* des éléments de faits et non pas de *prouver* que sa mesure repose sur des motifs non discriminatoires, comme l'exige la loi. Cette affirmation doit être mise en parallèle avec la troisième phase du dispositif de preuve, que le droit de l'Union n'évoque pas, qui est celle de l'exercice de l'office du juge. Selon les termes de son intervention, le juge doit se forger une conviction à la suite des débats et peut ordonner toute mesure d'instruction utile à cet effet. Le Conseil d'Etat fait ainsi clairement référence à la procédure inquisitoriale spécifique à la justice administrative qu'il cherche ainsi à préserver. Au-delà des termes de la Directive et de la loi qui la transpose, le Conseil d'Etat vient donc définir un régime de preuve spécifique prenant en compte la nature inquisitoriale de la procédure devant le juge administratif. Ce faisant, il passe outre le fait que le législateur n'ait pas fait usage de la dérogation prévue à l'article 10§5 de la Directive²⁰⁸. Ainsi, de manière prétorienne, le juge administratif adapte l'application des règles européennes dans le but de

²⁰⁷ Amené à contrôler la constitutionnalité du régime de preuve imposé par le droit communautaire pour l'établissement des faits de harcèlement au travail, le Conseil constitutionnel formule, au nom du respect des droits de la défense, une réserve selon laquelle « *les règles de preuve plus favorables à la partie demanderesse instaurées par les dispositions critiquées ne sauraient dispenser celle-ci d'établir la matérialité des éléments de fait précis et concordants [...] la partie défenderesse sera mise en mesure de s'expliquer sur les agissements qui lui sont reprochés et de prouver que sa décision est motivée [...] par des éléments objectifs étrangers à tout harcèlement ; qu'en cas de doute, il appartiendra au juge, pour forger sa conviction, d'ordonner toutes mesures d'instruction utiles à la résolution du litige* » (CC, 12 janvier 2002, n° 2001-455 DC, *Loi de modernisation sociale*, § 89).

²⁰⁸ La loi n° 2008-496 précitée ne prévoit d'exception à l'application des règles qu'elle pose que pour les juridictions pénales.

préserver sa spécificité procédurale. L'entrée en vigueur de la loi de 2008 aurait pu inciter le Conseil d'Etat à adopter une position plus conforme aux termes de celle-ci. Cependant, le Conseil d'Etat fait application de la solution de l'arrêt *Perreux* dans deux arrêts récents *Poliak*²⁰⁹ et *Lévêque*²¹⁰ dont les faits étaient ultérieurs à l'entrée en vigueur de la loi. La Haute juridiction a même récemment élargi l'application de son dispositif à l'établissement d'un harcèlement subi par un fonctionnaire²¹¹.

2 – La logique de corps dans la fonction publique

Les règles d'organisation de la fonction publique française sont affectées par le droit de l'Union européenne au travers notamment du principe de libre circulation des travailleurs, que la délimitation très stricte de l'exception relative aux « *emplois dans l'administration publique* », a rendu largement applicable²¹². Les exigences européennes ont ainsi donné lieu à une réforme du Statut général de la fonction publique française par la loi du 26 juillet 1991 insérant une exception au principe conditionnant l'accès à la fonction publique à la détention de la nationalité, pour les ressortissants communautaires²¹³. Si,

²⁰⁹ CE, 7 juillet 2010, *Poliak*, req. n° 322636.

²¹⁰ CE, 10 janvier 2011, *Lévêque*, n° 325268, *AJDA*, 2011, 901, concl. C. Roger-Lacan.

²¹¹ CE, 11 juillet 2011, *Montaut*, n° 321225, *AJDA*, 2011, 2072, concl. M. Guyomar ; CE, 25 novembre 2011, n° 53839.

²¹² Voir F. Dupret, *Partie I*, chap. 1, spéc. p. 33.

²¹³ L'article 5 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligation des fonctionnaires, *JORF* du 14 juillet 1983, posant la condition de nationalité, la loi n° 91-715 du 26 juillet 1991, *JORF* n° 174 du 27 juillet 1991, est venue insérer un nouvel article 5 bis posant le principe d'accès des ressortissants des Etats membres de la Communauté économique européenne et les conditions de cet accès.

comme on l'a vu²¹⁴, le Conseil d'Etat s'est nettement exprimé en faveur d'une interprétation conforme de ce texte à la lumière de la jurisprudence communautaire, il n'en a pas moins manifesté une certaine résistance à une appréhension de la fonction publique selon la logique d'emploi, véhiculée par la Cour de justice.

En effet, la conception européenne des emplois dans l'administration publique invite à une évolution de l'esprit même du droit interne de la fonction publique. La fonction publique « à la française » est fondée sur le principe d'un système de carrière impliquant la séparation du grade et de emploi, le fonctionnaire étant titulaire de son seul grade lui donnant vocation à occuper plusieurs emplois, ainsi que la progression du fonctionnaire dans son activité en fonction de son ancienneté et de son mérite. Or, pour ce qui concerne la fonction publique d'Etat, les emplois sont regroupés au sein de corps auxquels appartiennent les agents²¹⁵. Cette organisation en corps assure ainsi l'application d'un statut unique et spécifique à chacun d'entre eux, les fonctionnaires d'un même corps devant être traités selon un principe d'égalité.

C'est au demeurant en ces termes, dans le cadre des corps, que la loi n° 91-715 du 26 juillet 1991 avait entendu inscrire la réalisation du principe de l'ouverture aux ressortissants communautaires et c'est dans cette logique que le Conseil d'Etat a lui-même raisonné. L'avis du 31 janvier 2002 rendu en Assemblée générale est particulièrement significatif à cet égard²¹⁶. Interrogé sur la portée de la jurisprudence communautaire et ses conséquences en droit interne, le Conseil

²¹⁴ Voir *supra* B. Belda, Partie II, Chap. 1, spéc. p. 226-227.

²¹⁵ La fonction publique territoriale est pour sa part divisée en cadres d'emplois.

²¹⁶ CE, Ass., avis, 31 janvier 2002, n° 366313.

d'Etat précise que « *Compte tenu de la conception de la fonction publique française dans laquelle la carrière du fonctionnaire se déroule au sein d'un corps ou d'un cadre d'emplois, la question de l'accès des ressortissants communautaires [...] à la fonction publique revient à s'interroger sur la possibilité pour les intéressés d'accéder à un corps ou un cadre d'emplois* »²¹⁷. Certes, cette prise de position n'entre pas nécessairement en contradiction avec la jurisprudence de la Cour qui impose seulement la logique d'emploi pour déterminer ce qui peut être fermé aux ressortissants des autres Etats membres, mais qui a par exemple admis une approche par secteur pour déterminer ce qui doit leur être en principe ouvert²¹⁸. Cependant, cette inscription dans le cadre du corps n'apparaît pas toujours appropriée à la mise en œuvre du droit de l'Union²¹⁹. Ainsi, et

²¹⁷ Dans cette perspective, le Conseil d'Etat a d'ailleurs lui-même pu ordonner l'édiction, en application de la réforme de 1991, d'un décret d'ouverture d'un corps de fonctionnaires (CE, 4 avril 2001, *Larsen-Bocquet*, n° 210661. V. *infra* C. Picheral Partie III, Chap. 1, spéc. p. 377), non sans privilégier ainsi le fondement national de l'obligation d'ouverture (la loi du 26 juillet 1991 et l'obligation pour le pouvoir réglementaire d'adopter les mesures nécessaires à son application de la loi) par rapport au fondement communautaire.

²¹⁸ La Commission adopte une approche sectorielle dans sa Communication du 5 janvier 1988, « Libre circulation des travailleurs et accès à l'emploi dans l'Administration publique des Etats membres. Action de la Commission en matière d'application de l'article 48§4 du traité CE », JOCE, C 72/2, 18 mars 1988. Par la suite, cette approche est validée par trois arrêts en manquement de la Cour de Justice (CJCE, 2 juillet 1996, *Commission c. Luxembourg*, C-473/93 ; *Commission c. Belgique*, C-173/94; *Commission c. Grèce*, C-290/94).

²¹⁹ La France a ainsi pu être condamnée par la Cour de Justice à cet égard mais sur le fondement de la Directive 76/207 du Conseil, du 9 février 1976, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail, JOCE n° L 039 du

en conséquence de l'avis de 2002, si les missions assignées à un corps « *correspondent, pour l'essentiel* » à des fonctions inséparables de l'exercice de la souveraineté, ou comportant une participation directe ou indirecte à l'exercice de prérogatives de puissance publique, l'ensemble du corps ou du cadre d'emplois demeure fermé aux ressortissants des autres Etats membres. Or, cette situation est justement rejetée par la Commission européenne, selon laquelle il n'est possible d'interdire à des non-nationaux de se présenter au concours d'accès à un corps de fonctionnaires que si « *tous les postes à attribuer, à travers ce concours, satisfont aux critères de l'article 39§4* »²²⁰. Sans doute y aurait-il donc eu là matière à cristalliser le décalage entre les conceptions nationales et les exigences européennes, si la loi du 26 juillet 2005²²¹ n'était venue reformuler l'article 5 bis du Statut, pour poser en principe l'ouverture des corps, cadres d'emploi et emplois et limiter l'exception aux seuls emplois dont les attributions soit ne sont pas séparables de l'exercice de la souveraineté, soit comportent une participation directe ou indirecte à l'exercice de prérogatives de puissance publique²²².

14 février 1976. En effet, dans un arrêt CJCE, 30 juin 1988, *Commission c. République française*, aff. C-318/86, la Cour a considéré qu'en réservant aux seuls hommes l'accès de certains corps d'emploi dans l'Administration pénitentiaire et dans la police nationale, la France violait ses obligations communautaires. Plutôt qu'une dérogation générale au principe d'égalité pour l'ensemble des corps, la France aurait dû définir les exceptions activité par activité au sein de ces derniers.

²²⁰ Communication du 11 décembre 2002, *Libre circulation des travailleurs – en tirer pleinement les avantages et les potentialités*, COM (2002)694, p. 22.

²²¹ Loi n° 2005-843 du 26 juillet 2005 portant diverses mesures de transposition du droit communautaire à la fonction publique, *JORF* n°173 du 27 juillet 2005.

²²² Il peut être relevé que cette formule présente toujours les caractéristiques des attributions comme des critères alternatifs alors que la jurisprudence de la

Dans la mesure où il a ainsi « été pris acte *de la logique fonctionnelle, et non plus statutaire, retenue par la jurisprudence de la Cour de justice* »²²³, l'accès ne pourrait donc être désormais refusé pour un corps entier mais seulement pour les emplois désignés, d'autant que la loi étant d'effet direct, sa mise en œuvre ne nécessite plus l'intervention d'un décret prévoyant expressément l'ouverture du corps aux ressortissants communautaires²²⁴.

En dehors de ce contexte, le juge administratif demeure attaché à la logique de corps, ce que démontre encore sa jurisprudence récente relative au principe d'égalité de traitement entre les agents d'un même corps de fonctionnaires qui a été érigé au rang de principe général du droit²²⁵. En effet, la jurisprudence du Conseil d'Etat a semblé opérer un revirement par un arrêt *SNUIP* du 9 février 2005²²⁶, dans lequel il a précisé que le principe d'égalité est également applicable « *à l'édition de normes régissant la situation des fonctionnaires qui, en raison de leur contenu, ne sont pas limitées à un même corps ou à un même cadre d'emplois* ». Cette extension du principe d'égalité au-delà du seul corps peut être interprétée comme une adhésion à une conception plus fonctionnelle des emplois dans la fonction publique, évolution plus conforme au droit de

Cour de justice les présente comme des critères cumulatifs – ce qui devient bien plus problématique dans l'application d'une exception.

²²³ Selon les termes du Rapport public 2007 du Conseil d'Etat (*Etudes et documents* n° 58, p. 339).

²²⁴ CE, 6 mars 2009, *Syndicat national des ingénieurs de l'industrie et des mines* – S.N.I.I.M, n° 309922.

²²⁵ CE, 3 avril 1957, *Milliard et al.*, *Rec.* p.232.

²²⁶ CE, 9 février 2005, *Syndicat national unitaire indépendant des officiers de police (SNUIP)*, n° 229547.

l'Union européenne. Si cette jurisprudence a été confirmée par plusieurs arrêts²²⁷, la vocation généraliste du principe posé se trouve remise en cause par des arrêts postérieurs contradictoires²²⁸, à l'image de l'arrêt *Synakiewicz* qui dispose que « *le principe d'égalité de traitement ne peut être invoqué que pour des agents appartenant à un même corps* » et qu'aucune norme « *ne fait obligation à ce que les agents appartenant à un corps bénéficient des mêmes conditions que celles prévues pour les agents d'un autre corps* ». Cette situation exprime la réticence du juge à remettre en cause la spécificité des principes nationaux et reflète bien sa position médiane dans les réflexions sur la réforme de la fonction publique d'une organisation en corps maintenue bien qu'assouplie²²⁹.

B – Les spécificités d'ordre matériel : l'exemple du principe d'égalité

Le droit à la non-discrimination est un droit dont l'importance est fondamentale tant au sein du droit de l'Union européenne que de la Convention européenne des droits de l'homme. Le principe de non-discrimination, notamment sur le

²²⁷ CE, 7 juin 2010, *Laurent A.*, req. n° 312506 ; CE, 22 octobre 2010, *Syndicat national des enseignements de second degré*, req. n° 314825 ; CE, 8 juin 2011, n° 328631 ; 15 septembre 2011, n° 329445 ; CE, 22 décembre 2011, n° 338244 ; CE, 1^{er} février 2012, n° 334105.

²²⁸ CE, 30 mars 2007, *Syndicat des enseignants CGT de Mayotte*, n° 280156 ; CE, 21 mai 2008, *Synakiewicz*, n° 293567 ; CE, 30 décembre 2009, *Confédération des praticiens des hôpitaux*, n° 306040 ; 1^{er} février 2012, *Syndicat USAJ/UNSA*, n° 341657.

²²⁹ Cf. Rapport public 2003 du Conseil d'Etat, « Réflexions sur la fonction publique », *EDCE* n° 54, pp. 345 et sq. et J.-L. Silicani, *Livre blanc sur l'avenir de la fonction publique*, La Documentation française, 2008, pp. 103 et sq.

fondement de la nationalité, étant au cœur du projet communautaire, la Cour de Justice a rapidement développé une jurisprudence fournie et exigeante sur cette question. Ainsi, dès 1963, dans un arrêt *Italie c. Commission*²³⁰, la Cour retient une conception matérielle de la discrimination qui consiste à traiter « soit de manière différente des situations similaires, soit de manière identique des situations différentes ». La conception européenne de la discrimination dépasse donc une vision formelle de l'égalité qui n'exigerait qu'un traitement identique des personnes se trouvant dans des situations comparables. Cette recherche d'une égalité réelle a poussé la Cour de Justice à interdire non seulement les discriminations directes, différenciant les situations selon un motif interdit (nationalité, sexe), mais également les discriminations indirectes qui sont des mesures en apparence neutre, appliquant un traitement identique, mais qui dans les faits désavantagent un groupe en particulier²³¹. Cette portée du principe de non-discrimination est également celle donnée par la Cour européenne des droits de l'homme à l'article 14 de la Convention. Dans son arrêt *Thlimmenos c. Grèce* du 6 avril 2000, elle a en effet admis qu'une discrimination consiste non seulement « à traiter de manière différente des situations semblables, mais aussi à traiter de manière identique des situations différentes ». Sous l'influence du droit de l'Union européenne, la Grande chambre de la Cour européenne a en outre constaté pour la première fois l'existence d'une discrimination indirecte contraire à la

²³⁰ CJCE, 17 juillet 1963, *Gouvernement de la République italienne c. Commission*, aff. 13/63.

²³¹ CJCE, 15 octobre 1969, *Ugliola*, aff. 15/69, point 6 ; CJCE, 12 février 1974, *Sotgiu*, aff. 152/73, point 11. Pour une définition de la discrimination directe qui sera reprise par les Directives en matière de non-discrimination, voir CJCE, 30 novembre 1993, *Kirsammer-Hack*, C-189/91.

Convention dans un arrêt *D.H. c. République tchèque* en 2007²³².

Pour le juge administratif français, la non-discrimination n'est qu'une des exigences qui découlent du principe plus ample d'égalité²³³. Le principe de non-discrimination a donc été réceptionné dans un cadre prétorien bien ancré où s'est forgée une certaine conception de l'égalité. Cette intégration au principe d'égalité a entraîné une lecture de l'exigence de non-discrimination plus abstraite et formelle que celle adoptée par les juges européens²³⁴. L'approche concrète de l'égalité est limitée devant le juge administratif qui, s'il admet que les autorités puissent traiter de manière distincte des situations différentes de manière légale et justifiée²³⁵, se refuse à faire

²³² Cour EDH, Gr. Ch., 13 novembre 2007, *D.H. c. République tchèque*, *AJDA*, 2008, 978, chron. J.-F. Flauss ; *JCP G*, 2008, I 110, chron. F. Sudre ; *RTDH*, 2008, 821, note E. Dubout.

²³³ Voir le Rapport public du Conseil d'État, 1996, « Sur le principe d'égalité », n° 48, *Doc. fr., spéc.* p. 26.

²³⁴ Voir en dernier lieu parmi une littérature abondante, A. Iliopoulou, « Le principe d'égalité et de non-discrimination », in J. Auby et J. Dutheil de la Rochère, (dir.), *Droit administratif européen*, Bruylant, 2007, pp. 435-458 ; L. Cluzel-Métayer, « Le principe d'égalité et de non-discrimination dans la jurisprudence du Conseil d'État et de la Cour de cassation : analyse comparée dans le domaine de l'emploi », *RFDA*, 2010, pp. 309 et sq. ; J. Porta, « Discrimination, égalité et égalité de traitement - À propos des sens de l'égalité dans le droit de la non-discrimination », *Rev. dr. tr.*, 2011, pp. 290-297 et pp. 354-362.

²³⁵ CE, 10 novembre 1976, n° 98659. Depuis l'arrêt CE, 15 mai 2000, n° 200903, le Conseil d'Etat emploie une formule selon laquelle « le principe général d'égalité ne s'oppose pas à ce que l'autorité investie du pouvoir réglementaire règle de façon différente des situations différentes ni à ce qu'elle déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général pourvu que dans l'un comme dans l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport avec l'objet de la norme qui l'établit ». Il a ajouté depuis CE, 18 décembre 2002, n° 233618, la condition que la différence de traitement « ne

découler du principe d'égalité une obligation de différenciation. Tel est l'enseignement de l'arrêt *Société Baxter*²³⁶ ainsi que de l'arrêt *Union des familles en Europe*²³⁷ à l'occasion duquel le Conseil a précisé que « *si, en règle générale, le principe d'égalité impose de traiter de la même façon des personnes qui se trouvent dans la même situation, il n'en résulte pas pour autant qu'il oblige à traiter différemment des personnes se trouvant dans des situations différentes* ». Or, pour maintenir la spécificité française de l'appréhension de l'égalité dans ces arrêts, le juge administratif se fonde sur le principe interne, et non pas le principe importé de non-discrimination alors que les requérants avaient invoqué le droit communautaire parmi leurs moyens. Il est soutenu en cela par le juge constitutionnel qui retient une interprétation similaire du principe d'égalité²³⁸. Le juge administratif ne semble donc pas prêt de remettre en cause sa jurisprudence même si le caractère absolu de son refus apparaît comme une opposition affirmée au pragmatisme des juges européens. Le Conseil d'Etat a ainsi continué d'appliquer

soit pas manifestement disproportionnée » se conformant ainsi pleinement à la formalité du contrôle européen.

²³⁶ CE, 28 mars 1997, *Société Baxter*, n° 179049, 179050 et 179054, *RFDA*, 1997, 450, concl. J.-C. Bonichot ; *ibid.*, 460, obs. F. Mélin-Soucramanien.

²³⁷ CE, 20 avril 2005, *Union des familles en Europe*, n° 277752, *AJDA*, 2005, 2233, note L. Burgorgue-Larsen ; *RTD eur.*, 2006, 301, chron. D. Ritleng.

²³⁸ CC, 12 juillet 1979, n° 79-107 DC, *Loi relative à certains ouvrages reliant les voies nationales ou départementales* ; CC, 29 décembre 2003, n° 2003-489 DC, *Loi de finances pour 2004* (« *si, en règle générale, le principe d'égalité impose de traiter de la même façon des personnes qui se trouvent dans la même situation, il n'en résulte pas pour autant qu'il oblige à traiter différemment des personnes se trouvant dans des situations différentes* »).

sa jurisprudence *Société Baxter* dans des arrêts ultérieurs et encore très récemment²³⁹.

Pour autant, la résistance du juge administratif apparaît dans un même temps déclinante. En effet, dans certaines jurisprudences, il semble se rallier à une conception plus matérielle de l'égalité. Cette évolution de la position du juge administratif s'opère clairement sous l'influence du droit de l'Union européenne et de la jurisprudence de la Cour de Justice. Ainsi dans le cadre d'un contentieux communautaire, le Conseil d'Etat a reconnu pour la première fois la notion de discrimination indirecte dans une affaire *Spaggiari*²⁴⁰. Le litige concernait une délibération d'une commission universitaire ayant rejeté la candidature d'une ressortissante italienne à un poste de professeur des universités. La Haute juridiction a annulé la décision au motif qu'elle se fondait sur le seul manque de connaissance du système universitaire français, critère qui, sans être illégal, conduisait dans les faits à « *subordonner la nomination de l'intéressée à l'exercice préalable de fonctions enseignantes dans les universités françaises* ». Si le Conseil d'Etat ne reprend pas l'expression « discrimination indirecte » dans sa décision, il se réfère en revanche à la définition qu'en donne le droit européen²⁴¹. En outre, et de manière significative, le juge fonde sa solution non pas sur le seul article 5 bis de la loi

²³⁹ CE, 14 octobre 2009, *Commune de Saint-Jean d'Aulps*, n° 300608 ; CE, 9 novembre 2011, *Confédération Générale des Cadres-Centrale*, n° 344475 ; CE, 1^{er} février 2012, *Syndicat USAJ/UNSA*, n° 341657.

²⁴⁰ CE, 18 octobre 2002, *Spaggiari*, n° 224804.

²⁴¹ Le Conseil d'Etat précise que les dispositions communautaires doivent être interprétées « *comme interdisant non seulement les discriminations fondées sur la nationalité, mais encore toutes les autres formes de discrimination qui, par application d'autres critères de distinction, aboutissent en fait au même résultat* ».

du 13 juillet 1983 mais, en premier lieu, sur les dispositions mêmes du traité instituant la Communauté européenne qui garantissent la liberté de circulation des travailleurs.

L'arrêt du Conseil d'Etat *Société Arcelor Atlantique et Lorraine* du 3 juin 2009²⁴², qui fait application de la réponse de la Cour de Justice à la question préjudicielle posée par le célèbre arrêt éponyme de 2007, pourrait encore participer de ce mouvement. En effet, le refus de procéder au contrôle du décret de transposition de la directive au regard du principe constitutionnel de l'égalité en raison du constat par la Cour de Justice de l'absence de contrariété de la directive avec le « principe communautaire d'égalité » pourrait être interprété comme une admission par le Conseil du caractère matériellement identique de ces deux principes. Il semble cependant que l'attitude du Conseil d'Etat relève plus d'une volonté de conciliation des obligations constitutionnelles et européennes du juge que d'un ralliement total au standard européen²⁴³.

Enfin, l'arrêt *Bleitrach*²⁴⁴ du Conseil d'Etat s'inscrit également dans cette tension vers une conception matérielle du principe d'égalité. En effet, en condamnant l'Etat à indemniser le préjudice moral subi par une avocate handicapée physique du fait du retard pris dans les travaux d'aménagement de l'accès des tribunaux dans lesquels elle est amenée à exercer sa profession, le juge administratif reconnaît indirectement une

²⁴² CE, 3 juin 2009, *Société Arcelor Atlantique et Lorraine et autres*, n° 287110.

²⁴³ Voir G. Kalfèche, « Chronique de l'application du droit de l'Union européenne par le Conseil d'Etat (janvier – décembre 2009) », *Europe*, Mars 2010, chron. 1.

²⁴⁴ CE, Ass., 22 octobre 2010, *Mme Bleitrach c. Garde des Sceaux*, req. 301572, *AJDA*, 2010, 2207, note D. Botteghi et A. Lallet ; *RDSS*, 2011, 151, note H. Rihal ; *RFDA*, 2011, 141, concl. C. Roger-Lacan.

obligation d'agir en vue d'assurer une égalité réelle en matière d'emploi. Certes, la Haute juridiction n'a pas retenu la responsabilité pour faute du fait de la violation notamment des normes de l'Union européenne concernées²⁴⁵, mais la seule responsabilité sans faute de l'Administration. Ce raisonnement purement national ne doit cependant pas masquer le rapprochement des conceptions française et européenne de l'égalité.

*

D'une manière plus générale, le mouvement de renationalisation des sources participe bien d'une autonomie revendiquée du juge administratif, sans que cela remette en cause la compatibilité de sa jurisprudence avec les standards européens.

²⁴⁵ Directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, *JOCE* n° L 303 du 02 décembre 2000.

<p style="text-align: center;">PARTIE III L'APPORT DU DIALOGUE DES JUGES DANS LE PROCESSUS D'EUROPEANISATION</p>

Que la réappropriation ou la renationalisation de solutions européennes soit éventuellement compatibles avec leur logique, et signale en définitive un véritable jeu dialogique, n'est cependant pas neutre en termes d'européanisation. D'une part, parce que celle-ci peut alors trouver sa limite dans la coexistence, au sein d'une même matière, de deux types de régimes distincts (dont l'un continue de relever exclusivement du droit national) ou encore se décliner en une convergence « soft », porteuse d'équivalence de modèles pluriels plutôt que de standardisation autour d'un modèle unique. D'autre part et surtout, parce que s'esquisse en conséquence l'hypothèse d'une possible adaptation « récursoire » des exigences européennes mêmes. Au moment d'évaluer l'impact du dialogue des juges dans l'européanisation, le balancement de la jurisprudence administrative entre réceptivité et autonomie, dégagé dans la Partie précédente, invite donc à ne pas poser d'équation trop rapide, à ne pas préjuger de conclusions catégoriques.

Que les courants d'interprétation constructive, conforme, convergente, conciliante nourrissent le processus relève d'une certaine évidence. Pour autant, l'examen des conséquences produites n'est pas sans suggérer un apport doublement ambivalent. A considérer en premier lieu le lien avec le degré de transformation du droit administratif sous influence européenne, le constat peut se faire en effet que le dialogue des juges n'opère

pas uniformément, suivant les mêmes modes et avec les mêmes répercussions, en fonction des matières ou des problématiques. Certes, une appréciation d'ordre en quelque sorte quantitatif ne saurait à cet égard suffire et l'on ne peut faire l'économie, en guise de synthèse, d'une réflexion sur la nature des évolutions induites. Mais à se situer en second lieu sur ce terrain, plus qualitatif, le jeu du dialogue des juges ne paraît pas non plus univoque, le souci de discipline jurisprudentielle ne signifiant pas que le juge administratif entende y sacrifier, sans réserve ni accommodements, les spécificités de son ordre juridique. A un poids variable dans le degré d'européanisation (Chapitre I) ferait ainsi écho des effets pondérés sur le sens de l'européanisation (Chapitre II).

CHAPITRE I

UN POIDS VARIABLE DANS LE DEGRE DE L'EUROPEANISATION

Eu égard à l'importance traditionnelle de la jurisprudence en droit administratif, le dialogue des juges se donne d'emblée à voir comme un important levier d' « européanisation ». De fait, de nombreux exemples attestent d'une contribution elle-même plurielle du juge national au phénomène. A cet égard, le bilan jurisprudentiel vérifierait donc largement la corrélation que la logique incite à établir dans le sens d'une accentuation de l'européanisation sous l'effet de la réceptivité croissante aux interprétations des Cours de Strasbourg et de Luxembourg.

Ce schéma, toutefois, n'a pas nécessairement la systématisme qu'on pourrait lui prêter. Car il apparaît aussi, sur certains points, un relatif décalage entre l'écho donné auxdites interprétations dans la jurisprudence administrative et les conséquences en découlant sur le droit administratif même. En d'autres termes, les principes, les régimes ou les concepts qui lui sont propres ne sont pas appelés à enregistrer une évolution d'ampleur chaque fois que le juge administratif veille au juste respect des exigences européennes, telles que définies par les juges européens. Tout dépend en définitive de leur réelle portée modificative.

C'est dire que tout en étant avérée par les différentes formes de contribution du dialogue des juges à l'adaptation du droit administratif (Section I), la corrélation avec l'européanisation doit néanmoins faire la part de cas d'incidence atténuée en termes de mutation du droit administratif (Section II).

SECTION I –DES MODES DIVERSIFIÉS DE CONTRIBUTION A L'ADAPTATION DU DROIT ADMINISTRATIF

Caroline PICHERAL

Afin de rendre compte de la part du dialogue des juges dans l'évolution du droit administratif, la première méthode qui vient à l'esprit consisterait sans doute à procéder de manière analytique, par matière ou thème. Le défaut de cette démarche est cependant de ne pas faire ressortir de manière transversale le rôle du juge national – dont est pourtant tributaire, dans une certaine mesure, la capacité d'influence du dialogue même. Aussi faut-il plutôt chercher à qualifier d'abord son œuvre, en partant du cadre formé par la nature des pouvoirs dont lui-même est investi dans l'ordre juridique interne¹ et des fonctions qu'il y

¹ Témoigne notamment de cette interférence du cadre procédural national le problème du contrôle de conventionnalité des lois par le juge administratif des référés. D'abord parce que c'est au nom de son office spécifique que, nonobstant les exigences de la jurisprudence communautaire *Factortame I*, l'inconventionnalité alléguée d'une loi a été réputée ne pas faire naître de doute sérieux sur la légalité de la décision dont la suspension était demandée (CE, 30 déc. 2002, *Carminati*, n° 240030, *AJDA*, 2003, p. 1065, note O. Le Bot), sauf à ce que l'incompatibilité en ait été constatée par une décision juridictionnelle rendue soit par le juge saisi au principal, soit par le juge compétent à titre préjudiciel (CE, 24 fév. 2004, *Scherrer*, n° 264119) – le même motif tiré de l'office du juge des référés ayant également été opposé à la prise en considération au soutien d'un référé liberté du moyen tiré de la contrariété d'une loi avec des engagements internationaux (CE, ord. 9 déc. 2005, *Allouache*, n° 287777, *Leb.* p. 562, *JCP A* 2005, act. 850, mais v. CE, ord., 20 déc. 2005, *Meyet*, n° 288253, *Leb.*). Ensuite parce que même si, après des infléchissements démentis (v. CE, 3 mars 2004, *Sté Ploudalmezeau Beliz Avel*, n° 259001, *RTDE* 2005, pp. 692-694, *chron D. Ritleng*, puis CE, ord., 27 avril 2007, *Commune de Bourgoin-Jallieu*, n° 304402 et CE, ord., 8 août 2007, *Sté Phyleron 2000*, n° 307563) ou mieux confirmés mais encore implicites (CE, ord. 21 avr. 2007, *ATV*, n° 304961, *JCP A*, 2007, act. 483, M.-C. Rouault, et CE, ord., 6 mars 2008, *Diocev*, n° 313915, *JCP A*, 2008, act. 261), cette solution a majoritairement été considérée comme renversée

assume traditionnellement (sans négliger le facteur d'émancipation/habilitation qu'offre ou implique, le cas échéant, l'application effective des normes de l'Union ou de la Convention).

Certes, les cas ne sont pas si rares où la réception des exigences européennes implique de reconsidérer une règle écrite du droit national et l'on pourrait penser que l'adaptation incombe alors au premier chef aux pouvoirs législatif et réglementaire. La position du juge administratif ne saurait pour autant être qualifiée de secondaire. Car s'il arrive qu'une réforme textuelle soit directement opérée pour tirer les conséquences d'un arrêt de la Cour de Strasbourg ou de Luxembourg (en exécution en particulier d'une condamnation de la France²), le juge national n'en reste pas moins juge de droit commun des droits européens. C'est donc plus souvent lui qui, à ce titre, peut soit y adapter directement l'interprétation et l'application du droit national, soit constater, sinon censurer, une incompatibilité et appeler, en conséquence, à une modification des textes. Se

par l'ordonnance *Diakité* (CE, 16 juin 2010, n° 340250, Leb.), du moins en ce qui concerne le droit de l'Union (O. Le Bot, « Contrôle de constitutionnalité et contrôle de compatibilité avec le droit de l'Union devant le juge des référés », *AJDA*, 2010, p. 1662 ; P. Cassia, « Le juge administratif des référés, la QPC et le droit de l'Union européenne », *JCP G*, 2010, 739 ; D. Ritleng, « Jurisprudence administrative intéressant le droit communautaire », *RTDE* 2010, p. 975), l'étendue du contrôle opéré pourrait avoir été néanmoins différenciée selon la nature du référé introduit, référé-suspension ou référé-liberté (en ce sens A. Zaradny, « Le contrôle de conventionnalité du juge administratif des référés », *JCP A* 2011, 2379).

² Ainsi la loi Verdeille, obligeant certains propriétaires terriens à adhérer à l'association communale de chasse agréées, a-t-elle été modifiée suite à l'arrêt *Chassagnou c/ France* (Cour EDH, 29 avr. 1999, n° 25099/94) par la loi 2000-698 de juillet 2000, avant même que le juge administratif ne revienne sur sa jurisprudence antérieure et ne « s'aligne » sur l'interprétation délivrée par la Cour européenne des droits de l'homme (CE 27 oct. 2000, *Mme Vignon*, n° 172639).

développe ainsi une sorte de dynamique corrective (§ I), soutenue par l'efficacité réformatrice de la jurisprudence (§ II).

§ I – UNE EUROPEANISATION ALIMENTÉE PAR LA DYNAMIQUE CORRECTIVE DU CONTRÔLE JURIDICTIONNEL

En soi, la dimension corrective du contrôle juridictionnel ne procède pas d'une fonction inédite, spécifiquement liée à l'europeanisation, puisqu'en tant que garant de la légalité, le juge a sans doute toujours été en position d'assumer pareille mission vis-à-vis du pouvoir réglementaire et des autorités administratives. Son office n'en a pas moins été considérablement renouvelé avec l'exercice d'un contrôle de conventionnalité qui, non seulement a traduit un élargissement du cadre de référence, au-delà du droit interne, mais qui s'est surtout lui-même étendu aux lois, depuis le revirement de l'arrêt *Nicolo*³. Ainsi, s'il est aujourd'hui possible de s'interroger sur les répercussions éventuelle du mécanisme de la question prioritaire de constitutionnalité dans ce schéma⁴, force est de constater la variété des hypothèses où le juge administratif s'est fait le gardien vigilant des droits européens. En témoigne encore dernièrement la confirmation de l'incompatibilité partielle de l'article L. 541-1 du code du patrimoine avec l'article 1 du premier Protocole additionnel à la CEDH, motif pris que ces dispositions nationales privent les propriétaires d'un sol acquis avant l'entrée en vigueur de la loi 2001-44 du 17 janvier 2001

³ Sur la mutation du contrôle de légalité, au regard à la fois de la notion même de légalité et de la physionomie du contrôle, v. Th. Georgopoulos, « Les catégories du contentieux administratif », in J.-B. Auby (dir.), *L'influence du droit européen sur les catégories du droit public*, Dalloz 2010, pp. 777-789, spéc. pp. 779-784.

⁴ X. Dupré de Boulois et L. Milano, « Jurisprudence administrative et Convention européenne des droits de l'homme », RFDA, 2012, à paraître.

du bénéfice de la présomption de propriété du sous-sol et par conséquent de celle des vestiges archéologiques immobiliers que celui-ci contiendrait, sans indemnisation possible du transfert de leur propriété à l'Etat ⁵. D'évidence, l'œuvre corrective de la jurisprudence ne peut donc être circonscrite à un domaine du droit administratif. Elle paraît néanmoins s'être manifestée avec une particulière dynamique en ce qui concerne la fonction publique. En la matière, il nous semble en effet que le juge administratif a pu contribuer de trois manières différentes à la réforme du droit national – soit qu'il en ait mis au jour la nécessité (A), soit qu'il en ait assuré l'effectivité face à une mise en œuvre pour partie défailante (B), soit qu'il en ait dénoncé l'inadéquation (C).

A - La mise au jour de la nécessité d'une réforme

Correspondant à une mise en cause de l'état « originel » du droit français au regard des exigences européennes, cette première configuration trouve une illustration commune au droit de l'Union et de la Convention dans le contentieux des pensions, dont on a déjà pu voir qu'il avait donné lieu à dialogue nourri⁶.

Par rapport à la Convention, la nécessité d'une réforme est surtout apparue dans la manière dont le législateur avait entendu gérer les conséquences de la décolonisation⁷, du fait d'une

⁵ CE, 24 avr. 2012, n° 346952 (confirmant CAA Bordeaux, 23 déc. 2010, *Ministre de la culture et de la communication c/ Mathé-Dumaine*, req. n° 09BX00104, *AJDA*, 2011, p. 1381, note S. Manson).

⁶ V. supra, F. Dupret, *Partie I*, chap. 1, spéc.70 et s., L. Milano, *Partie II*, chap. 2, spéc. p. 295.

⁷ On notera toutefois qu'en dehors de ce contexte, la nécessité d'une réforme s'est également fait jour, au regard des exigences de l'article 1 Protocole I de la CEDH, en ce qui concerne la suspension de la pension prévue par l'article

méconnaissance du droit à la non-discrimination dans la jouissance du droit au respect des biens garanti par les dispositions combinées des articles 1 Protocole I et 14 CEDH.

Dans un premier temps (à rebondissements), c'est le dispositif de « cristallisation des pensions », autrement dit leur transformation en indemnités viagères ni révisables ni réversibles (art. 71 I de loi de finance pour 1960⁸), qui s'est vu dénoncé, au motif que la différence de traitement créée, en raison de leur seule nationalité, au détriment des anciens agents publics de la France, ressortissants d'Etats devenus indépendants, ne pouvait ni se justifier par une différence de situation eu égard à l'objet des pensions de retraite, ni être regardée comme reposant sur un critère en rapport avec l'objectif de la loi⁹.

L 58 du Code des pensions civiles et militaires de retraite en cas de révocation avec suspension des droits à pension et par l'article L 59 du même Code en cas de malversation (CE, 7 janv. 2004, *Colombani*, n° 232465, publié au recueil Lebon, et du même jour, *Greselle*, n° 225451, mentionné aux tables du recueil Lebon). Ces références retiendront d'autant plus l'attention que dans les deux cas, le juge administratif a non seulement conclu à l'inconventionnalité des dispositions litigieuses mais a fait œuvre supplétive en précisant qu' « *l'absence de disposition législative tendant à combiner la règle de suspension des droits à pension et les principes découlant de l'article 1^{er} du protocole additionnel à la convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales, le montant [de la pension exigible] doit être fixé à la moitié de celui auquel le requérant aurait pu prétendre s'il avait été admis au bénéfice d'une pension au titre des services accomplis sous le régime du Code des pensions civiles et militaires de retraite* ».

⁸ Loi 59-1454 du 26 décembre 1959.

⁹ CE, Ass, 30 nov. 2001, *Diop*, n° 212179, Leb. p. 605, *GAJA*, 15^e éd, Dalloz, 2005, n° 114 ; *RFDA*, 2002, p. 573, concl. Courtial ; *AJDA* 2001, p. 1039, chron. M. Guyomar et P. Collin, *AJFP* 2002/4, p. 29, note L. Combet. Au reste, le dispositif de cristallisation a également été jugé incompatible avec le principe de non-discrimination en fonction de la nationalité dans le domaine de la sécurité sociale, énoncé à l'article 65 de l'accord euro-

Accueillie « comme la sanction d'une législation inéquitable »¹⁰ dont l'application devait dans l'immédiat être écartée au profit des pensionnés aussi bien que de leurs ayants-droit¹¹, cette jurisprudence, abondamment commentée, s'est dans un second temps prolongée par la décision d'incompatibilité des dispositions de l'article L 58 du Code des pensions civiles et militaires de retraite, prévoyant la suspension du droit à pension (et par conséquent du droit des ayants-droit à réversion) en cas de perte de la nationalité française¹². N'ayant

méditerranéen d'association entre les Communautés européennes et leurs États membres, d'une part et le royaume du Maroc d'autre part, dans un litige où le requérant n'était pas concerné par les modifications résultant de la loi 2002-1576 du 30 décembre 2002 (CJCE, ord., 13 juin 2006, *Echouikh*, aff. C-336/05). Cette interprétation de l'accord d'association, expressément dite conforme aux exigences de la Convention européenne des droits de l'homme, aurait ainsi conduit le tribunal administratif de Bordeaux à juger par la suite, dans un arrêt *Zoubir* du 8 octobre 2008, que le dispositif de 2002 créait lui-même une discrimination indirecte en fonction de la nationalité (v. E. Aubin, « Les catégories du droit de la fonction publique », in J.-B. Auby (dir.), *L'influence du droit européen sur les catégories du droit public*, Dalloz, 2010, pp. 721-738, spéc. p. 729).

¹⁰ L. Vallée, concl. sur CE, Sect., avis, 18 juil. 2006, *Ka* et Sect., 18 juil. 2006, *GISTI*, *RFDA*, 2006, p. 1201.

¹¹ Incompatibilité de l'article 71 de la loi n° 59-1454 confirmée s'agissant d'une pension de réversion par CE, 6 fév. 2002, *Doukouré*, n° 216172, mentionné aux Tables du recueil Lebon.

¹² CE, 6 fév. 2002, *Bab Hamed*, n° 219383; CE 28 oct. 2002, *Vve Hammoudi Mizoumi*, n° 241855. Ainsi qu'ont pu le relever des commentateurs (J.-L. Rey, « Les veuves des indigènes aussi », *AJDA*, 2006, p. 2289), une autre source de discrimination résultait, aux termes de l'article 68 de la loi n° 2002-1576, du fait que l'application du droit des pensions aux ayants-droits et la situation de famille étaient appréciées à la date de l'indépendance et non comme le veut une jurisprudence constante à la date du décès du conjoint (le droit à réversion étant notamment subordonnée à la condition que le mariage soit antérieur à la date de transformation des pensions en indemnités viagères). Dans un arrêt *Dame veuve Baomar* (CE, Sect., 7 fév. 2008, *RFDA*, 2008, p. 510, concl. J.-P. Thiellay), le Conseil d'Etat a cependant jugé que

jamais lui-même limité le champ de cette règle aux circonstances dans lesquelles la privation de la qualité de Français intervient pour des motifs individuels¹³, le juge a en effet considéré qu'une perte collective de nationalité à l'occasion d'un transfert de la souveraineté sur un territoire ne saurait constituer un critère objectif et rationnel en rapport avec les buts du régime des pensions des agents publics et donc signifié que l'article L 58 aurait dû, pour son application, exclure cette circonstance¹⁴.

Parallèlement et pratiquement à la même période, ce sont plusieurs autres dispositions du même code des pensions civiles et militaires¹⁵ qui ont été jugés contraires au principe

l'article 1 Protocole I combiné avec l'article 14 ne pouvait être utilement invoqué, dès lors que la requérante, « mariée à une date où son époux était titulaire d'une indemnité viagère non réversible, n'est pas fondée à soutenir qu'elle aurait détenu un droit à pension de réversion, susceptible d'être regardé comme un bien ou un droit patrimonial ».

¹³ Voir pour une application de la clause de suspension prévue à l'article L 58 du Code des pensions civiles et militaires en cas de perte collective de la nationalité française suite à la décolonisation, CE, 21 avr. 2000, *Boukhatemi*, n° 188817, Leb. T., p. 1121 et pour une application – dans les mêmes circonstances - de son équivalent dans le Code des pensions militaires d'invalidité et des victimes de guerre, CE, Sect., 28 sept. 2001, *Ministre de la Défense c/ Mme Haouas*, n° 218311, publié au Lebon.

¹⁴ Les conséquences de l'arrêt débordaient donc à cet égard la réserve introduite à l'article L 58 par la loi n° 2001-624 du 17 juillet 2001 qui écartait l'application de la suspension prévue en raison de la perte de la nationalité française pour « les veuves algériennes d'anciens fonctionnaires français dès lors que n'ayant pas souscrit la déclaration récognitive de nationalité française après l'accession à l'indépendance de l'Algérie, elles ont établi leur domicile en France depuis le 1er janvier 1963 et y résident de manière habituelle ».

¹⁵ Le contentieux ne s'est cependant pas limité aux pensions : certaines dispositions, destinées cette fois à favoriser l'accès des femmes aux emplois publics, ont également été mises en cause au regard du droit communautaire, telle celle issue de l'art. 8 de la loi 75-3 du 3 janvier 1975 modifié par la loi

communautaire de non-discrimination en fonction du sexe, en tant qu'elles réservaient divers avantages aux femmes fonctionnaires sans se fonder sur une situation caractéristique de la condition féminine telle la grossesse, ni contribuer à une égalité des chances dans le déroulement des carrières. Les juridictions administratives se sont ainsi emparées d'une problématique qui avait d'abord été quelque peu éludée, au moyen d'une relecture « égalisante » et systémique de la loi, à propos de l'article L 57 du code des pensions civiles et militaires ouvrant à l'épouse et aux enfants âgés de moins de 21 ans d'un fonctionnaire disparu de son domicile depuis plus d'un an droit à liquidation provisoire de la pension à laquelle ils pourraient prétendre en cas de décès¹⁶. La confrontation au principe, posé par l'ex-article 141 TCE et mis en œuvre par la directive 76/207, de l'égalité de rémunération entre les hommes et les femmes s'est alors diffusée.

Car, comme précédemment relevé au titre d'une réception déterminée de la jurisprudence communautaire¹⁷, les juridictions

79-569 du 7 juillet 1979 rendant inopposable la limite d'âge aux veuves non remariées (à l'exclusion des veufs dans la même situation): voir à cet égard l'arrêt rendu par la Cour de justice sur saisine du Tribunal administratif de Paris aux termes duquel le droit communautaire s'oppose à pareil dispositif, jugé disproportionné parce qu'accordant une priorité automatique au bénéfice de certaines femmes (CJCE, 30 sept. 2004, *Brihèche*, aff. C-319/03, Rec. p. I-8823). Le dialogue des juges est ainsi venu appuyer l'avis motivé du 15 juin 2001 adressé par la Commission à la France (C 2001 1407), reprochant le maintien d'une législation qui réserve la suppression de la condition d'âge ainsi que de la condition de diplôme aux seuls candidats féminins.

¹⁶ CE, 17 mai 1999, *Le Briquir*, n° 123952, publié au recueil Lebon, *AJDA*, 1999, p. 619, concl. D. Chavaux : dans la mesure où l'article L 50 ouvre au conjoint d'une fonctionnaire décédée droit à pension de réversion, la disposition législative avait alors été interprétée « comme s'appliquant à tous les ayant-cause d'un bénéficiaire du Code des pensions civiles et militaires, quel que soit leur sexe ».

¹⁷ V. supré B. Pastre-Belda, Partie II, chap. 1, spéc. p. 269.

administratives ne se sont pas arrêtées aux seules dispositions qui avaient fait l'objet de renvois préjudiciels à la Cour de justice, concernant la bonification d'ancienneté d'un an par enfant élevé, avec interruption ou non de l'activité professionnelle (art. L 12 b°)¹⁸ et le droit à retraite anticipée avec jouissance immédiate de pension dans le cas où l'intéressée ne serait plus en mesure d'exercer ses fonctions, en raison d'une maladie incurable ou d'une infirmité dont elle-même ou son conjoint serait frappé (art. L 24-I-3 b°)¹⁹. Estimant être assez averti par les réponses du juge communautaire, le Conseil d'Etat a logiquement transposé la solution aux conditions différenciées de jouissance du droit à pension de réversion (art. L 50 et art. L 38)²⁰, puis au droit à retraite anticipée avec jouissance immédiate de pension après 15 ans de service pour les mères de trois enfants ou d'un enfant handicapé (art. L 24- I-3 a°)²¹, non sans pointer à l'occasion les insuffisances de la loi n° 2003-375 qui n'avait pas modifié la portée de cette dernière disposition malgré l'arrêt *Llorca*²².

Mais avant de poursuivre sur cette possible mise en cause des termes mêmes ou de l'ampleur des réformes opérées (cf.

¹⁸ CE, 28 juill. 1999, *Griesmar*, Leb. 1999, p. 248 ; CJCE, 29 nov. 2001, n° C-366/99, *Griesmar*, *AJFP* 2002/1, p. 4; CE, 29 juil. 2002, *Griesmar*, n° 141112, Leb. p 248, *AJDA*, 200, p. 823, concl. F. Lamy.

¹⁹ CE, avis, 4 févr. 2000, *Mouflin*, *AJDA* 2000, p. 559, concl. G. Goulard ; CJCE, 13 déc. 2001, n° C-206/00, *Mouflin* : *Dr. adm.* 2002, comm. 54, note C. Moniolle.

²⁰ CE, 5 juin 2002, *Choukroun*, n° 202667, publié au Recueil Lebon, *AJFP* 2002/5, p. 38.

²¹ CE, 29 janv. 2003, *Beraudo*, n° 245601, mentionné aux Tables du recueil Lebon ; 26 fév. 2003, *Llorca*, n° 187401, publié au recueil Lebon, *AJDA* 2003, p. 1006, Concl. G. Goulard ; 16 juin 2003, *Floch*, n° 257224....

²² CE, 29 déc. 2004, *Martin*, n° 267651, mentionné aux tables du recueil Lebon.

infra), il convient de s'intéresser à l'action du juge dans leur application effective.

B - La contribution à l'effectivité d'une réforme

L'analyse se déplacera ici sur le terrain de la condition de nationalité dans l'accès aux emplois publics et sur le contentieux, aujourd'hui clos, suscité par les conditions dans lesquelles s'est effectuée la première adaptation législative aux exigences de la libre circulation. Car si anachronique qu'il puisse désormais paraître, l'exemple reste à notre sens révélateur d'une contribution « à double détente » des juridictions administratives dans l'évolution du droit national.

On se souvient en effet que, tirant les conséquences des interprétations données à l'article 39§4 TCE²³ mais comme soucieux de les concilier avec les principes régissant la fonction publique française, le législateur s'en était tenu, en 1991, au schéma d'une ouverture, par dérogation, des corps, cadres d'emploi et emplois (appelés à être désignés par décret en Conseil d'Etat) dont les attributions soit étaient séparables de l'exercice de la souveraineté, soit ne comportaient aucune participation directe ou indirecte à l'exercice de prérogatives de puissance publique²⁴. Sans que sa compatibilité ait été contestée devant le juge national, ni même, apparemment, par la Commission européenne (en dépit de décalages avec la logique

²³ Et il faut rappeler que sur cette base, la France avait été condamnée en manquement pour avoir réservé à ses propres nationaux la nomination et la titularisation dans des emplois permanents d'infirmiers ou d'infirmières (CJCE, 3 juin 1986, *Commission c/ France*, aff. 307/84, *AJDA* 1987, p 45, note J. Arrighi de Casanova ; *RDSS*, 1986, 607, note L. Dubouis).

²⁴ Art. 5 bis de la loi du 13 juillet 1983, portant Statut général de la Fonction publique, tel que crée par la loi 91-715 du 26 juillet 1991.

communautaire²⁵), le dispositif avait donc pour conséquence de subordonner l'accessibilité des emplois dans la fonction publique à l'identification par voie réglementaire des corps et cadres d'emploi pour lesquels la condition de nationalité ne se justifiait pas à l'égard des ressortissants des Etats membres de la Communauté (et par extension, à compter de la loi 96-1093 du 16 décembre 1996, des ressortissants des autres Etats parties à l'accord sur l'Espace économique européen). En d'autres termes, si la réforme du 26 juillet 1991 permettait de faire sauter le verrou de l'article 5 de la loi du 13 juillet 1983 (que la primauté du droit communautaire avait déjà pu conduire à écarter dans des situations individuelles²⁶), l'absence de modification de tels ou tels statuts particuliers n'en était pas moins susceptible de la priver d'effet.

²⁵ Outre la reformulation des critères dégagés par la Cour de justice, la loi les donnait pour alternatifs (et non cumulatifs) – cette disjonction, toute relative (voy. J. Boulouis, « Fonction publique et exigence de nationalité », in *Mélanges Chapus*, Montchrestien, 1992, p. 87), n'ayant toutefois pas nécessairement d'effets si restrictifs puisqu'elle s'inscrivait à l'époque dans une perspective, inverse à celle du droit communautaire, d'identification de ce qui devait être ouvert et non ce de qui pouvait rester fermé. Dès lors, c'est surtout cette inversion de logique qui a cristallisé les difficultés. Sur la confrontation de la loi n° 91-675 aux exigences communautaires, voy. notamment L. Dubouis, « Ouverture de la fonction publique aux ressortissants des autres Etats membres de la CEE : le législateur entre le juge communautaire et le juge constitutionnel », *RFDA*, 1991, p. 903 ; G. Alberton, « L'ouverture de la fonction publique française aux ressortissants de la Communauté européenne – Entre exigences communautaires et reconnaissance nationale », *RFDA*, 2003, p. 1194, spéc. p. 1998 et s ; J.-M. Lemoyne de Forges, *L'adaptation de la fonction publique française au droit communautaire*, Dalloz, 2003, coll « Thèmes et commentaires », spéc. pp. 9-35.

²⁶ TA Versailles, 17 déc. 1991, *Bourkoulas*, req. n° 903037, *AJDA*, 1992, p. 458.

C'est précisément à cet égard que se mesure l'œuvre correctrice du juge, sinon par application directe du traité CE²⁷, du moins par référence aux dispositions législatives nationales²⁸, finalement considérées comme imposant à l'administration de prendre les mesures statutaires nécessaires à l'accès des ressortissants communautaires aux corps concernés²⁹. Deux types d'illégalité se sont alors révélées dans la jurisprudence, soit qu'ait été constatée par la voie de l'exception, l'illégalité de décrets ne comportant toujours aucune disposition d'ouverture

²⁷ CAA Lyon, 26 juin 2000, n° 97LY02060, *Centre de gestion de la fonction publique territoriale du Rhône c/ Simon* où se voit infirmé l'arrêt du tribunal administratif de Lyon, du 10 avril 1997 (Lebon p. 595), en tant qu'il avait statué sur le fondement de l'article 5 bis de la loi du 13 juillet 1983, jugé en appel inapplicable au cadre d'emploi concerné à défaut de textes réglementaires en explicitant les dispositions.

²⁸ TA Paris, 1^{er} juil. 1997, *Sacchet*, n° 9609145/5, *AJFP* 1998/1, p. 22 (annulation du refus de titularisation d'un agent d'entretien communal de nationalité italienne sur le fondement d'une application immédiate de l'article 5 bis de la loi du 13 juillet 1983, à laquelle ne saurait faire obstacle la double circonstance que le décret 94-163 du 16 février 1994 n'ait pas prévu l'accès des ressortissants des autres Etats membres de la Communauté aux cadres d'emploi territoriaux de la filière technique et que le statut particulier du cadre d'emploi d'agents d'entretien territoriaux n'ait pas précisé si ce cadre d'emploi remplissait les conditions définies au premier alinéa).

²⁹ TA Versailles, 9 avr. 1998, *Pinheiro c/ Recteur de l'Académie de Versailles*, req. n° 97951, publié au recueil Lebon, *AJFP* 1998/5, p. 15 (concernant le corps des ouvriers d'entretien et d'accueil des établissements d'enseignement du ministère de l'Education nationale) et surtout CE, 4 avr. 2001, *Mme Larsen-Bocquet*, n° 210661, *Europe*, 2001, comm. n° 197, E. Saulnier, qui consacre dans le domaine de l'adaptation du droit de la fonction publique au droit européen une obligation déjà faite au gouvernement dans le domaine environnemental (CE, 28 juil. 2000, *France Nature Environnement*, *AJDA*, 2000, p. 959) de « prendre dans un délai raisonnable les mesures qu'implique nécessairement l'application de la loi » (cette obligation résultant cependant déjà dans les rapports de pur droit interne de CE, Ass., 27 nov. 1964, *Dme vve Renard*, Leb. p. 590, concl. Galmot).

aux ressortissants européens (avec annulation des décisions individuelles de rejet de candidature qui auraient été prises sur cette base)³⁰, soit qu'ait été directement censuré le refus d'adopter un décret permettant leur accès au corps en cause³¹. Face à la carence partielle de l'exécutif, le contrôle juridictionnel a ainsi permis au premier chef de soutenir l'effectivité de la réforme initiée par la loi n° 91-175 (et d'assurer par ce biais une protection effective des droits conférés par le traité CE). En fait, c'est « grâce à l'interprétation et à l'application qui en a été faite par le juge administratif » que la loi du 26 juillet 1991 a pu être considérée comme constituant « en réalité une transcription fidèle des exigences communautaires »³²...

Dans le même temps, néanmoins, la nécessaire intervention du juge n'a pas été sans démontrer les fâcheux inconvénients du choix opéré à l'époque, en faveur d'un processus résolument progressif, tributaire des textes réglementaires. En ce sens, la jurisprudence nationale nous semble donc avoir aussi contribué, indirectement, à établir l'intérêt d'une adaptation législative plus radicale (cf. infra, B), mieux conforme à la logique développée par la Cour de justice – en bref, d'une modification de la réforme.

³⁰ CAA Lyon, 26 juin 2000, *Centre de gestion de la fonction publique territoriale du Rhône c/ Simon* (préc.) ; CE, 4 avr. 2001, *Mme Larsen-Bocquet* (préc.) ; TA Versailles, 9 avr. 1998, *Pinheiro c/ Recteur de l'Académie de Versailles* (préc.), voire CAA Douai, 15 avr. 2004, *Burbaud*, n° 97 DA02205, publié au recueil Lebon (dont ressort la non-conformité à l'ex-article 48 du traité CE du décret 93-101 du 19 janvier 1993 ouvrant certains corps de la fonction publique hospitalière, mais non celui des personnels de direction, aux ressortissants communautaires).

³¹ CE, 4 avr. 2001, *Mme Larsen-Bocquet*, préc.

³² G. Alberton, « L'ouverture de la fonction publique française aux ressortissants de la Communauté européenne – Entre exigences communautaires et reconnaissance nationale », préc. spéc. p. 1199.

Au demeurant, une telle modification peut ne pas s'imposer seulement à raison de mesures de mise en œuvre par trop laborieuses mais tenir à l'inadéquation même du nouveau dispositif institué.

C - La dénonciation de l'inadéquation d'une réforme

Il serait en effet illusoire de prétendre qu'une norme réglementaire (ou législative) nationale satisfait aux exigences des droits européens du seul fait qu'elle a vocation à y répondre. En réalité, lesdites exigences peuvent tout aussi bien n'être pas suffisamment ou correctement mesurées, sans compter les considérations d'ordre politique, culturel, budgétaires susceptibles d'interférer sur l'effort de mise en conformité. Se forment alors des contentieux qu'on pourrait dire de « seconde génération », auxquels est particulièrement sujette l'adaptation au droit de l'Union.

Une des principales raisons en est sans doute la dynamique propre du principe de libre de circulation, dont les effets en chaîne sur le droit national de la fonction publique ont déjà été largement analysés en doctrine. Du point de vue qui nous occupe ici, le plus significatif, toutefois, est la participation du juge administratif à « l'engrenage »³³ des adaptations requises par l'élimination des entraves et de toutes formes de discrimination en fonction de la nationalité ou, pour dire les choses autrement, l'appui fourni à l'approfondissement du processus de réformation commandé par les règles

³³ H. Oberdorff, « L'influence du droit communautaire sur la fonction publique », in J. Dutheil de La Rochère et J.-B. Auby (Dir.), *Droit administratif européen*, Bruylant, 2007, pp. 1041-1061, spéc. pp. 1047-1052.

communautaires. Le contentieux de la reconnaissance des qualifications dans l'accès aux emplois publics³⁴ en est l'illustration.

Parce qu'elle risque de défavoriser plus particulièrement les travailleurs migrants, une condition de diplôme national est susceptible de constituer une barrière d'effet équivalent à une condition de nationalité, appelant par conséquent d'autres mesures qu'une exception à cette dernière. Et c'est bien dans cet esprit que, par exemple, la Cour administrative d'appel de Nancy³⁵ a retenu l'exception d'illégalité de l'article 4 du décret 92-843 du 28 août 1992, motif pris qu'en exigeant la possession du diplôme d'Etat de service social délivré par les autorités françaises pour accéder à un emploi d'assistant social dans une collectivité territoriale, la disposition contrevenait au traité CE en faisant obstacle, sans justifications appropriées, « à ce qu'un candidat puisse se prévaloir d'un diplôme obtenu dans un autre Etat membre, et ce quelle que soit l'appréciation susceptible d'être portée sur le niveau de ce diplôme et sur son adéquation à l'emploi » dans le cadre du dispositif d'« assimilation » institué par les décrets 94-616 du 21 juillet 1994 pour la fonction publique hospitalière, 94-741 du 30 août 1994 pour la fonction publique d'Etat et en l'occurrence 94-743 du 30 août 1994 pour la fonction publique territoriale. A travers la dénonciation d'une entrave persistante à la libre circulation des personnes, se

³⁴ En matière de recrutement par sélection interne et/ou de classement, le juge administratif a aussi activement relayé l'exigence communautaire de prise en compte des acquis professionnels (i.e. des services antérieurement exercés dans l'administration d'un autre Etat membre). Dans ce contexte toutefois, il a moins conclu à une incompatibilité des dispositions réglementaires nationales que procédé à leur « neutralisation », par interprétation conforme à la lumière du traité CE et des principes établis par la Cour de justice. Aussi cette question sera-t-elle essentiellement évoquée, dans la présente contribution, au titre de l'efficacité réformatrice de la jurisprudence.

³⁵ CAA Nancy, 27 janv. 2000, n° 96NC02421, *AJFP*, 2000/4, p. 28.

profilait donc déjà la question des mérites réels dudit dispositif dont la propre compatibilité avec le droit communautaire a ensuite été dénoncée. Il faut dire que par ces décrets de l'été 1994, le gouvernement semblait avoir essentiellement entendu se conformer aux obligations lui incombant au titre du traité CE tel qu'interprété par la Cour de justice dans l'arrêt *Vlassoupoulou*³⁶, mais non transposer les directives 89/48 et 92/51 instaurant un système général de reconnaissance mutuelle des diplômes, dont l'applicabilité - limitée aux « professions réglementées » - était au contraire contestée dans le cas particuliers des emplois publics³⁷. Or les arguments gouvernementaux à cet égard se sont avérés d'autant plus fragiles que les emplois dans la fonction publique ont formellement été jugés entrer, en principe, dans le champ d'application des directives³⁸ et que la controverse ne se justifiait guère que pour ceux auxquels l'accès est conditionné par la possession d'un diplôme sanctionnant un certain niveau d'étude (et non d'un diplôme qui atteste d'une formation

³⁶ CJCE, 7 mai 1991, aff. C-340/89, Rec. p. I-2357, pts 16 à 19, obligeant à comparer les qualifications acquises dans un autre Etat membre, qui seraient attestées par des diplômes, certificats et autres titres ainsi que par une expérience professionnelle pertinente, à celles requises par la législation nationale pour l'accès ou l'exercice de la profession concernée et en cas de correspondance, à les y assimiler.

³⁷ V. sur l'application de la notion de profession réglementée aux emplois de la fonction publique, J.-M. Lemoyne de Forges, *L'adaptation de la fonction publique française au droit communautaire*, op. cit., spéc. p. 36 et s.; G. Alberton, « L'ouverture de la fonction publique française aux ressortissants de la Communauté européenne – Entre exigences communautaires et reconnaissance nationale », préc. spéc. p.1205 et s.; Ch. Ferrari-Breur, « Droit communautaire et fonction publique française », *Jcl Fonction publique*, fasc. 100, pts. 28 à 30.

³⁸ CJCE, 9 sept. 2003, *Burbaud*, C-285/01, Rec. p. I-8219, (cette applicabilité de principe ne dispensant pas nécessairement de vérifier que l'emploi concerné soit une profession réglementée au sens des directives).

préparant spécifiquement à l'exercice de la profession concernée). Procédant à interprétation conforme de la notion de profession réglementée, y compris en présence de voies secondaires d'accès³⁹, le Conseil d'Etat a alors été conduit à pointer une double défaillance dans l'adaptation aux exigences communautaires. Anticipant sur les conclusions en manquement de la Cour de justice⁴⁰ et revenant sur sa propre jurisprudence antérieure⁴¹, il a d'abord, et surtout, conclu à l'incompatibilité des dispositions nationales en tant qu'elles ne permettraient pas aux Commissions d'assimilation de tenir compte de l'expérience professionnelle acquise par les candidats postérieurement à l'obtention de leur diplôme⁴² (contrairement à ce que requiert la jurisprudence de la Cour de justice et le droit dérivé). D'autre part, c'est l'absence d'un mécanisme, conforme aux exigences des directives 89/48 et 92/51, de reconnaissance semi-automatique des diplômes qui, dans le prolongement des griefs retenus contre la France⁴³, a ensuite été stigmatisée à propos du

³⁹ CE, 10 déc. 2004, *Barneaud*, n° 261974, *Europe*, 2005, n° 80, comm. P. Cassia et E. Saulnier-Cassia.

⁴⁰ CJCE, 7 oct. 2004, *Commission c/ France*, C-402/02, np, pt. 46; *AJDA*, 2005, p. 1066, comm. G. Alberton.

⁴¹ CE, 10 nov. 2000, *Trog*, n° 206653, *Leb. T.* p. 882 ; CE, 23 avr. 2003, *Loueuillieux*, n° 246868, *AJFP* 2003/5, p. 9 (inopérance du moyen soulevé à l'encontre d'un refus d'assimilation et tenant à la non-prise en compte d'une expérience professionnelle postérieure).

⁴² CE, 4 fév. 2004, *Leseine et Warrimont*, n° 225310, publié au *Lebon*, *AJFP*, 2004, p. 68, concl. Seners, *AJDA*, 2004, p. 554, note J.-M. Lemoyne de Forges, *Europe*, 2004, n° 103, comm. E. Saulnier : incompatibilité du décret 94-743 avec les objectifs de la directive 92/51 (notamment confirmé par CE, 5 mars 2007, *Isnard*, n° 280713). Même conclusion, à propos du décret 94-616 pour la fonction publique hospitalière, dans CE, 10 déc. 2004, *Barneaud*, n° 261974, préc., CE, 29 déc. 2004, *Personeni*, n° 265346, publié au recueil *Lebon* ou encore CE, 15 juin 2005, *Lafrogne*, n° 257340..

⁴³ CJCE, 7 oct. 2004, *Commission c/ France*, préc., pt 41.

décret 94-743⁴⁴, puisqu'en l'état du droit national, un refus d'assimilation, au regard de différences substantielles de formation, pouvait avoir pour conséquence radicale d'empêcher le titulaire du diplôme exigé dans son Etat d'origine pour accéder à la profession concernée de se présenter au recrutement en France, là où les directives autorisent seulement la soumission du candidat à un stage d'adaptation ou une épreuve d'aptitude sans qu'un défaut de qualification puisse lui être opposé. Bien que relatifs à des emplois déterminés (majoritairement d'éducateur spécialisé), ces arrêts ont confirmé la nécessité de reconsidérer de manière globale les dispositifs mis en place.

En lien direct avec cette problématique de la reconnaissance des qualifications, il faut enfin revenir sur le très célèbre contentieux *Burbaud*, concernant l'accès à la fonction publique par la voie des écoles administratives. Car s'il a mis en cause l'état originel du droit français et non des dispositions prises pour son adaptation, il a fait émerger l'exigence de procédures spécifiques permettant aux ressortissants des autres Etats membres, titulaires d'un diplôme équivalent à celui délivré par l'Ecole nationale de santé publique de Rennes, « de faire valoir, [...], leur vocation à accéder au corps des personnels de direction des hôpitaux », sans qu'on puisse leur imposer de suivre la formation dispensée par cet établissement et de subir

⁴⁴ CE, 4 août 2006, *Fischer*, n° 280769, mentionné aux Tables du recueil Lebon, *AJDA*, 2006, p. 2030. En l'occurrence, s'agissant de l'accès à un emploi de professeur territorial d'enseignement artistique (musique), il a été reproché à l'article 4 du décret de ne pas prévoir un régime qui permette de tenir compte des diplômes donnant accès à cette profession dans un autre Etat membre, ou plus exactement de ne pas assurer à leur titulaire le droit de postuler sous ce couvert en France, fût-ce en se pliant à l'une ou l'autre mesure compensatoire que les autorités nationales sont libres d'exiger en cas de différence substantielle de formation.

l'examen organisé à son terme⁴⁵. A cette aune, il est alors permis de s'interroger sur la complète adéquation de la réponse apportée par la généralisation du détachement à tous les corps et cadres d'emploi, dont le principe posé dans la loi 2005-843 du 26 juillet 2005 s'est encore vu renforcé par le décret 2010-311 du 22 mars 2010 relatifs aux modalités de recrutement et d'accueil des ressortissants communautaires et EEE dans la fonction publique française, sous réserve, le cas échéant, de la détention du titre ou du diplôme spécifique auquel peut être subordonné l'exercice des fonctions correspondantes⁴⁶ : d'abord parce qu'en vue de prévenir la répétition de contentieux du type de l'affaire *Burbaud*, l'idée semble avoir été à l'époque que cette voie latérale d'accès suffirait justement à faire échapper des corps et cadres d'emploi de la fonction publique à la qualification de « profession règlementée », ce dont la jurisprudence communautaire et administrative invite à douter ; ensuite, parce que l'ouverture au détachement ne répond pas nécessairement à la situation de diplômés des écoles administratives d'autres Etats membres qui, dès la fin de leur scolarité, prétendrait postuler à un emploi dans la fonction publique française⁴⁷. De tels cas pourraient donc éventuellement

⁴⁵ CJCE, 9 sept. 2003, *Burbaud*, préc., *AJDA*, 2003 p. 1734, note S. Gervasoni et p. 1911, étude F. Melleray, *D.* 2003, 2851, note P. Icard ; CAA Douai, 15 avr. 2004, *Burbaud c/ Ministre de la Santé*, n° 97DA02205, *AJDA*, 2004, p. 1661, note J.-M. Lemoyne de Forges ; CE, 16 mars 2005, *Ministre de la santé c/ Burbaud*, n° 268718, *JCP A* 2005, 1271, Ch. Ferrari-Breuer ; CAA Bordeaux, 11 déc. 2008, *Burbaud*, n° 07BX02403

⁴⁶ G. Alberton, « Recrutement des Européens dans la fonction publique française – Le décret du 22 mars 2010 est-il vraiment accueillant ? », *AJDA* 2010, p. 1984.

⁴⁷ En ce sens, J.-M. Lemoyne de Forges, « La loi de transposition du droit communautaire à la fonction publique », *AJDA* 2005, pp. 2285-2290, spéc. p. 2288.

donner lieu à nouvelles manifestations de l'œuvre corrective, voire constructive, du juge administratif.

Cela étant, ces contentieux de « seconde génération » ne naissent pas seulement de la confrontation aux objectifs et principes du droit de l'Union. Car les mesures prises pour son application sont également susceptibles d'être contrôlées au prisme d'autres normes de référence dans l'ordre juridique national.

Contexte de pluralisme normatif oblige, il peut s'agir des dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme et l'hypothèse s'est notamment concrétisée avec l'avis *Provin*⁴⁸, où, achevant d'aligner son contrôle des lois rétroactives sur celui de la Cour de Strasbourg au sujet de l'article 6 § 1 (sans cependant faire porter comme le juge européen les mêmes effets à l'article 1 Protocole I), le Conseil d'Etat a conclu à l'inconventionnalité des dispositions de la loi 2004-1485 du 30 décembre 2004, qui pour lutter contre l'effet d'aubaine créée par la jurisprudence *Beraudo-Llorca*, avaient rendu applicables « aux demandes présentées avant leur entrée en vigueur qui n'ont pas donné lieu à une décision de justice passée en force jugée » les nouvelles conditions dont s'était accompagnée l'extension aux hommes, sous l'influence du principe

⁴⁸ CE, Ass., (avis), 27 mai 2005, *Provin*, n° 277975, Leb. p. 212, *AJDA*, 2005, p. 1455, chron. C. Landais et F. Lenica, *JCP A* 2005, 1252, concl. C. Devys. Précédemment, le juge administratif avait déjà été conduit à exercer un contrôle, au regard tant du droit de l'Union (CE, 29 déc. 2004, *D'Amato*, n° 265097, Leb. p. 473) que des dispositions de la CEDH (CE, 29 déc. 2004, *Frette*, n° 265846, mentionné aux Tables du recueil Lebon), sur les conditions dont avait également été assortie l'extension aux fonctionnaires masculins du droit à la bonification d'ancienneté d'un an par enfant (cf. infra, p. 394). Mais dans les deux cas, il avait conclu à la compatibilité du nouveau dispositif avec les droits européens.

communautaire d'égalité entre les sexes, du droit à retraite anticipée⁴⁹.

La norme de référence peut aussi être un principe général interne, tel le principe d'égalité – dont la méconnaissance est logiquement invoquée en présence de discriminations à rebours créées, dans la réglementation nationale, au détriment des nationaux sédentaires auxquels le droit de l'Union n'impose pas d'assurer le même traitement qu'aux personnes ayant usé de leur liberté de circulation. Certes, le moyen n'a que tardivement prospéré. Mais la récurrence de la problématique dans le domaine de la fonction publique (en matière notamment de détermination des services à prendre en compte à fins de classement des agents) attire d'autant plus l'attention sur l'annulation⁵⁰ des dispositions règlementaires qui, dans le but de supprimer une restriction injustifiée à la liberté d'établissement et à la libre prestation de service résultant du monopole de fait des architectes en chef des monuments historiques, avait ouvert aux seuls profit des « ressortissants d'un État membre de la Communauté européenne ou d'un autre État partie à l'accord sur l'Espace économique européen établi dans un autre État que la France » la maîtrise d'œuvre des travaux de restauration effectués sur des immeubles classés n'appartenant pas à l'État, excluant donc tous les professionnels établis en France de

⁴⁹ En revanche, considérées en elles-mêmes et indépendamment de la rétroactivité qui leur avait été donnée, les conditions posées par la loi 2004-1485 et son décret d'application, tenant à une interruption de l'activité professionnelle d'au moins deux mois pour chaque enfant, ont été jugées compatibles avec le principe communautaire d'égalité entre les sexes (CE, 6 juil. 2007, *Fédération générale des fonctionnaires Force Ouvrière*, n° 281147).

⁵⁰ CE, 6 oct. 2008, *Compagnie des architectes en chef des monuments historiques*, n° 310146 et 311080, *Europe*, février 2009, p. 10, chron. G. Kalfèche ; *RFDA*, 2009, p. 132, comm. A. Iliopoulou et A. Jauréguiberry.

l'accès à ces contrats⁵¹. En censurant ce critère de différenciation et en enjoignant à modifier la disposition litigieuse sous trois mois, le Conseil d'Etat a corrigé ce qui était peut-être plus en l'occurrence « une erreur de rédaction qu'une volonté manifeste de réserver les marchés »⁵². Son arrêt n'aboutit pas moins à un effet d'entraînement sur les situations internes⁵³ et à supposer qu'il fonctionne « à l'avenir comme un aiguillon pour le législateur national et le pouvoir réglementaire afin qu'ils évitent, au moment de l'élaboration des normes, la création ou le maintien de discriminations à rebours »⁵⁴, le contrôle juridictionnel pourrait ainsi contribuer à diffusion du processus de réformation suscité par le droit de l'Union.

Au total, la mise en perspective de ces différents contentieux fait donc ressortir la fonction au minimum « diagnostic » du contrôle juridictionnel. A filer la métaphore médicale, on dira cependant que comptent plus encore, dans le processus d'eupéanisation, ses propriétés « curatives », autrement dit la capacité du juge à prescrire ou provoquer le

⁵¹ Décret 2007-1045 du 28 sept. 2007 portant statut particulier du corps des architectes en chef des monuments historiques et adaptation au droit communautaire des règles applicables à la restauration des immeubles classés, art. 9.

⁵² G. Kalfèche, préc.

⁵³ Par suite, l'article 4 du décret 2009-749 du 22 juin 2009 dispose désormais que « La maîtrise d'œuvre des travaux de restauration sur les immeubles classés n'appartenant pas à l'Etat est assurée soit par un architecte en chef des monuments historiques, soit par un architecte ressortissant d'un Etat membre de la Communauté européenne ou d'un autre Etat partie à l'accord sur l'Espace économique européen, établi dans l'un de ces Etats et présentant les conditions requises pour se présenter aux épreuves du concours d'architecte en chef des monuments historiques ainsi que [...] pour être inscrit à un tableau régional de l'ordre des architectes ».

⁵⁴ A. Iliopoulou et A. Jauréguiberry, préc.

remède à l'incompatibilité dénoncée. Se pose alors, et au-delà, la question de l'efficacité réformatrice de la jurisprudence.

§ II – UNE EUROPEANISATION ETAYÉE PAR L'EFFICACITÉ REFORMATRICE DE LA JURISPRUDENCE

Renvoyant tant à l'autorité des arrêts qu'aux pouvoirs du juge administratif, l'efficacité du contrôle juridictionnel peut d'autant mieux servir l'eupéanisation qu'elle est elle-même susceptible d'en tirer profit. Cette dialectique se révèle notamment à travers le contrôle des validations législatives, dont l'intensité s'est renforcée sous l'influence de l'exigence, inhérente à l'article 6§1 CEDH, de motifs impérieux d'intérêt général et dont le principe est concurremment commandé par le droit de l'Union. Car, conformément à l'esprit de la jurisprudence *Factortame I* et comme l'ont énoncé les juges du Palais-Royal dans l'arrêt *Association Alcaly et autres*⁵⁵, « des dispositions législatives qui auraient pour objet ou pour effet de soustraire au contrôle du juge des actes administratifs contraires au droit communautaire seraient elles-mêmes incompatibles avec les exigences qui découlent de l'application du droit communautaire ».

Aussi la conjonction de ces deux courants a-t-elle pu se traduire, par exemple, par l'inconventionnalité de la validation dont la loi du 20 juillet 2005⁵⁶ avait entendu faire bénéficier, sous réserve qu'elles n'aient pas donné lieu à décisions de

⁵⁵ CE, Sect., 8 avr. 2004, n° 290604, Lebon p. 113 ; *AJDA* 2009, p. 2437, chron. S. Nicinski, E. Glaser et P.A. Jeannerey ; *RFDA* 2009, p. 643, concl. N. Boulouis.

⁵⁶ Sur l'obstacle constitué par cette disposition, v. E. Delacour, « Les concessions d'aménagement entre passé et avenir », *JCP G*, 2005, I 162 ; O. Dubos, « La validation législative des anciennes conventions d'aménagement : Vanitas vanitatis ! », *AJDA*, 2005, p. 1753.

justice passées en force jugée, les conventions publiques d'aménagement conclues avant son entrée en vigueur « en tant que leur légalité serait contestée au motif que la désignation de l'aménageur n'aurait pas été précédée [contrairement à ce requiert les règles fondamentales posées par le traité CE] d'une procédure de publicité permettant la présentation de plusieurs offres concurrentes ». Confirmant le mouvement majoritaire qui s'était dessiné à ce sujet au niveau des cours administratives d'appel⁵⁷, le Conseil d'Etat a ainsi jugé que « le principe de sécurité juridique s'il est susceptible de permettre aux cocontractants de poursuivre leurs relations contractuelles durant une période transitoire, afin de les dénouer dans des conditions acceptables, ne saurait autoriser la validation pure et simple de ces conventions » et « qu'en l'absence au cas d'espèce d'un motif impérieux d'intérêt général, l'article 11 de la loi du 20 juillet 2005 ne pouvait faire obstacle à l'application du droit de l'Union européenne »⁵⁸. En l'occurrence, le résultat est donc bien la neutralisation de dispositions dont l'effet auraient été de contenir la portée d'une adaptation du droit national.

Cette capacité de résistance aux validations législatives n'est cependant pas le seul élément qui joue dans le sens d'une européanisation étayée par le contrôle juridictionnel et l'arrêt *SNC Eiffage* s'inscrit d'ailleurs dans un contentieux topique de l'incidence que peut avoir la réception prétorienne des exigences

⁵⁷ CAA Nantes, 19 déc. 2007, *Josse*, Lebon Tables p. 937, *AJDA* 2008, p. 150 ; *Rev. dr. Imm.*, 2008, p. 205, obs. Braconnier ; CAA Nantes, 10 nov. 2009, *M. Fages*, n° 08NT02570 ; CAA Versailles, 12 mars 2009, *Commune de Clichy-La-Garenne*, n° 07VE02221, *AJDA*, 2009, p. 1201, note J.-D. Dreyfus ; *RFDA* 2010, p. 85, étude J.-F. Lafaix ; CAA Versailles, 15 avr. 2010, M et Mme Jacques A, n° 08VE02791 et *SNC Gestec*, n° 08VE0314, *RTDE*, 2010, p. 975, chron. D. Ritleng, A. Bouveresse et J.-Ph. Kovar ; CAA Paris, 14 janv. 2010, *Commune de Chelles*, n° 08PA0410, *ibid.*

⁵⁸ CE, 18 nov. 2011, *SNC Eiffage Aménagement*, n° 342147, publié au recueil Lebon, *AJ collect. territ.*, 2012, p. 160.

européennes sur l'adoption même d'une réforme textuelle. Dès lors, à considérer plus largement les conditions dans lesquelles s'effectue la modification des règles nationales, il est non seulement possible de reconnaître à la jurisprudence une vertu incitative (A) mais nécessaire de s'arrêter à sa portée éventuellement directive (B), avant d'évoquer sa capacité proprement adaptative (C).

A – La vérification des vertus incitatives de la jurisprudence

On sait qu'à l'égard de la loi (voire des actes réglementaires lorsqu'il est exercé par voie d'exception), le contrôle de conventionnalité n'aboutit pas à faire disparaître la disposition litigieuse mais se traduit, le cas échéant, par une inapplicabilité seulement revêtue, de surcroît, de l'autorité relative de la chose jugée⁵⁹. Autrement dit, l'issue de sa fonction « diagnostic » n'est alors pas une modification directe de l'état du droit. Il serait cependant trompeur de circonscrire de ce fait son incidence au cas d'espèce, comme si le dit du juge pouvait rester indifférent au pouvoir législatif et réglementaire.

En prolongement des points précédents (et sans prétendre à l'exhaustivité⁶⁰), il est ainsi probable que la réception prétorienne des exigences communautaires a pesé en faveur de la reformulation, par loi du 26 juillet 2005, de l'exception à la

⁵⁹ N. Boulouis, « Le double contrôle de conventionnalité », *RFDA*, 2011, p. 124.

⁶⁰ Sans vouloir répéter encore des éléments déjà évoqués dans cette recherche (v. supra, F. Dupret, *Partie I*, chap. 1, spéc. p. 71) et donc sans y consacrer ici de développements, on ne saurait cependant passer sous silence l'influence déterminante qu'a eu la jurisprudence *Diop* dans la dé cristallisation partielle des pensions, au profit des anciens agents publics de la France, et dans la substitution d'un critère de résidence à la condition de nationalité.

condition de nationalité dans l'accès aux emplois publics pour les ressortissants européens. Certes, l'exposé des motifs fait seulement état sur ce point d'une réaction nécessaire à l'évolution de la jurisprudence de la Cour de justice, relayée par la Commission⁶¹, afin de réduire le risque contentieux. Mais les travaux parlementaires se réfèrent bien, parallèlement, à la position et à l'action du juge administratif, pour expliquer que la loi doit enfin s'exprimer en termes d'ouverture de principe⁶².

De même, les arrêts de plus en plus contraignants du Conseil d'Etat ont-ils certainement poussé à la réécriture⁶³,

⁶¹ Annonçant une plus grande rigueur qu'en 1988, la communication de la Commission du 11 décembre 2002, notamment, rendait d'autant plus sensible le problème des corps dits fermés, qui l'étaient complètement, y compris lorsque tous les emplois concernés ne relevaient pas de la notion d'Administration publique au sens de l'ex-article 39 TCE (art. 45 TFUE). V. supra, Partie II, chapitre 2, section 2 (C. Nivard).

⁶² Evoquant les limites du dispositif institué en 1991, le Rapport du député P. Morel-A-L'Huissier, plus précisément, souligne ainsi que « des dizaines de décrets d'ouverture doivent encore être pris et régulièrement, les juridictions administratives incitent le pouvoir réglementaire à ouvrir au cas par cas tel ou tel corps [...] Les juridictions administratives ont ouvert la voie à une approche plus fonctionnelle. Certaines ont considéré que l'absence d'ouverture explicite d'un statut particulier ne pouvait faire obstacle à l'accès de ressortissants communautaires, faisant prévaloir l'application de l'article 39 du traité CE sur celle de l'article 5bis de la loi du 13 juillet 1983 [...]. Cette évolution comporte un risque de multiplication des contentieux, qui s'ajoute à celui d'une condamnation de la France par la Cour de justice » (Rapport n° 2222 au nom de la commission des lois de l'Assemblée nationale).

⁶³ Décret 2007-196 du 13 février 2007 qui, abrogeant et remplaçant les trois précédents décrets de 1994, réalise la transposition des directives Reconnaissance mutuelle en prévoyant non seulement la prise en compte de l'expérience professionnelle dans l'évaluation de l'équivalence des qualifications mais aussi la possibilité pour le demandeur d'attester et/ou d'acquérir les compétences jugées manquantes, en cas de différence

recommandée dès 2003⁶⁴, des dispositions relatives aux équivalences de diplôme requises pour se présenter aux concours d'accès aux corps et cadres d'emploi de la FP - l'impact propre de la jurisprudence administrative à cet égard se percevant d'autant mieux que, malgré la condamnation en manquement de la France en octobre 2004, la mise en conformité du droit national en la matière n'avait pas figuré « à l'ordre du jour de la réforme présentée en Conseil des ministres le 2 février 2005 et visant pourtant à assurer la transposition du droit communautaire à la fonction publique »⁶⁵.

Enfin, si l'adaptation aux droits européens n'était pas l'objectif premier de la réforme des retraites entreprise par la loi 2003-775 du 21 août 2003, l'influence du dialogue des juges ne s'est pas moins fait sentir s'agissant du régime des fonctionnaires. D'une part, les inconventionnalités reprochées aux dispositions du Code des pensions civiles et militaires, au regard du droit au respect des biens et/ou du principe de non-discrimination en fonction de la nationalité⁶⁶, ont été résorbées par l'abrogation des articles L 58 et L 59⁶⁷ concernant la

substantielle de formation, par un stage d'adaptation ou une épreuve d'aptitude.

⁶⁴ J.-M. Lemoyne de Forges, *L'adaptation de la fonction publique française au droit communautaire*, préc., spéc. p. 43. Ultérieurement, le même auteur estimait que « l'arrêt du Conseil d'Etat [Leseine et Warnimont] devrait contribuer à accélérer la réécriture des décrets de 1994 » (AJDA, 2004, p. 554, note sous CE, 4 fév. 2004, n° 225310, spéc. p. 557).

⁶⁵ G. Alberton, « La reconnaissance des diplômes européens pour l'accès à la fonction publique », AJDA 2005, p. 1066.

⁶⁶ V. supra, CE, 6 fév. 2002, *Bab Hamed*, préc.; CE 28 oct. 2002, *Vve Hammoudi Mizoumi*, préc. (discrimination en fonction de la nationalité) ; CE, 7 janv. 2004, *Colombani*, préc., et du même jour, *Greselle*, préc. (atteinte au droit au respect des biens).

⁶⁷ Résorption d'autant plus efficace que dans l'exercice de son contrôle de pleine juridiction (et dans un contexte renouvelé à cet égard par l'arrêt d'Assemblée *Sté Atom*), le Conseil d'Etat a fait une application immédiate

suspension du droit à pension. D'autre part, les conséquences ont été tirées, au regard du principe communautaire d'égalité entre les hommes et les femmes, des suites et des développements de la jurisprudence *Griesmar/Mouflin*. En indiquant juger des droits de requérants « dans la mesure où sont maintenues dans le code [des pensions] des dispositions plus favorables » soit aux fonctionnaires de sexe féminin ayant assuré l'éducation de leurs enfants soit aux épouses survivantes d'un fonctionnaire⁶⁸, le Conseil d'Etat appelait en effet le législateur français à intervenir⁶⁹. Bien plus, en minimisant l'exigence de preuve de l'éducation des enfants⁷⁰, la haute juridiction administrative pouvait sembler avoir encore accru la menace sur l'équilibre des budgets publics⁷¹. Quoique l'application d'un délai de forclusion ait eu pour effet de limiter

des dispositions plus douces de la loi 2003-775, à une mesure de suspension antérieure décidée en 2000 sur le fondement de l'article L 59 (CE, 16 nov. 2009, *Moreau*, n° 295046).

⁶⁸ CE, 29 juil. 2002, *Griesmar*, préc. ; CE, 5 juin 2002, *Choukroun*, préc. ; CE, 29 janv. 2003, *Beraudo*, préc. ; CE, 26 fév. 2003, *Llorca*, préc.

⁶⁹ Ch. Ferrari-Breur, « Droit communautaire et fonction publique française », *Jcl Fonction publique*, fasc. 100, pt. 130.

⁷⁰ A. Fitte-Duval, « L'arrêt Griesmar : l'égalité sans concessions », *AJFP* 2002/1, p. 11.

⁷¹ De fait, le juge administratif a à plusieurs reprises ordonné au ministre compétent de revaloriser les pensions de retraite des fonctionnaires masculins, en les faisant bénéficier de la bonification d'ancienneté prévue pour leurs homologues féminins (v. notamment, CE 6 juin 2003, *Ivanoff*, n° 252490 ; CE 6 juin 2003, *Blanc*, n° 251678 ; CE 6 juin 2003, *Blondel*, n° 251671 ; CE 6 juin 2003, *Courtois*, n° 246605 ; CE 11 juin 2003, *Massot*, n° 251536 ; CE 11 juin 2003, *Defrançais*, n° 251152 ; CE, 29 oct. 2003, *Turquet de Beauregard*, n° 253856 ; CE 12 déc. 2003, *Peres*, n° 249583 ; CE 12 déc. 2003, *Dupichot*, n° 250072 ; CE 12 déc. 2003, *Beysac*, n° 250974 ; CE 12 déc. 2003, *Pech*, req. n° 250867 ; CE, 21 janv. 2004, *Lorieux* n° 252091...).

la recevabilité des demandes en révision des pensions⁷², la modification des textes était donc pressante. En ce qui concerne le droit à retraite anticipée en cas d'infirmité ou de maladie incurable (auquel la réécriture de l'article L 24 I a permis à tout fonctionnaire de prétendre) et les conditions du droit à réversion de pension pour les conjoints (que la reformulation des articles L 50 et L 38 a unifiées indépendamment du sexe), « le législateur s'est strictement aligné sur la jurisprudence communautaire et nationale »⁷³. Il s'y est distinctement adapté, au sujet des bonifications d'ancienneté. L'indifférenciation au regard du sexe s'est certes également imposé mais en s'accompagnant d'un encadrement et d'une modification du dispositif pour l'avenir. Ainsi si, pour les enfants nés ou adoptés avant le 1^{er} janvier 2004, la bonification d'un an par enfant a été maintenue et étendue aux pères⁷⁴, la loi s'est néanmoins

⁷² En renvoyant dans l'arrêt *Griesmar* à l'article L. 55 du Code des pensions civiles et militaires, le Conseil d'Etat a subordonné la recevabilité du recours à la condition que la demande ait été introduite dans un délai d'un an à compter de la notification de la décision de la concession initiale de la pension. Il a ensuite relevé dans l'arrêt *Lucet* que cette règle de forclusion s'appliquait indifféremment aux demandes de révision fondées sur le droit national et à celles fondées sur le droit communautaire, pour juger que celui-ci ne s'y oppose donc pas (CE, 29 janv. 2003, n° 246829, *AJDA*, 2003, p. 1062, note C. Moniolle ; *Europe*, 2003, comm. 170, P. Cassia et E. Saulnier).

⁷³ C. Weisse-Marchal, « La réforme du régime des retraites des fonctionnaires et l'égalité de traitement entre hommes et femmes », *AJDA*, 2004, p. 474, spéc. p. 478.

⁷⁴ Toutefois, les nouvelles dispositions de l'article L 12 b s'appliquant seulement aux pensions liquidées à compter du 28 mai 2003, date d'examen du projet de loi en Conseil des Ministres (article 48 II de la loi 2003-775), le bénéfice de la bonification d'ancienneté restait tributaire, pour les fonctionnaires masculins dont la pension aurait été liquidée avant cette date sur le fondement de l'ancienne version du Code, de l'introduction d'un recours de plein contentieux dans le délai d'un an, dans la droite ligne de la décision *Griesmar* du Conseil d'Etat.

démarquée de la décision *Griesmar* du Conseil d'Etat, en s'emparant du problème de preuve soulevé par l'arrêt de la Cour de justice et en y répondant en quelque sorte par la condition que le ou la fonctionnaire ait interrompu son activité pour élever son enfant (article L 12 modifié). Et afin de ménager plus encore les deniers publics, les bonifications ont été remplacés pour l'avenir, autrement dit pour les enfants nés ou adoptés après le 1^{er} janvier 2004, par un système de validation, en vue de la constitution du droit à pension, des périodes correspondant à un temps partiel de droit pour élever un enfant, à un congé parental, un congé de présence parentale ou de disponibilité pour élever un enfant de moins de huit ans (article L 9 modifié) - l'interruption ou la réduction d'activité constituant à nouveau, pour tout fonctionnaire, un critère d'éligibilité à cet avantage. Ainsi, pour n'avoir traduit qu'une prise en compte « contrainte » et « partielle » des exigences communautaires⁷⁵, cette réforme, prolongée par l'insertion dans la loi rectificative de finance de 2004 de dispositions visant à remédier à l'inconventionnalité de l'article L 24 I 3 a⁷⁶, n'est pas moins révélatrice du dialogue qui se crée entre le législateur et le juge ordinaire⁷⁷.

Encore l'exemple du droit de la fonction publique n'est-il pas seul significatif et d'autres illustrations de cette fonction incitative ressortent du domaine des contrats administratifs, plus

⁷⁵ C. Weisse-Marchal, « La réforme du régime des retraites des fonctionnaires et l'égalité de traitement entre hommes et femmes », préc., spéc. p. 478 et s.

⁷⁶ Sur cette extension aux pères de trois enfants du droit à retraite anticipée, v. supra, p. 374, CE, 29 janv. 2003, *Beraudo*, préc. ; CE, 26 fév. 2003, *Llorca*, préc. et p. 385, CE, Ass., (avis), 27 mai 2005, *Provin*, préc.

⁷⁷ Jurisprudence d'ailleurs évoquée et analysée dans les travaux préparatoires à l'Assemblée nationale (Rapport n° 885, B. Accoyer, Tome I, 2^{ème} partie, spéc. p. 77).

particulièrement de l'évolution du régime des conventions publiques d'aménagement tel qu'il résultait de l'article L 300-4 du Code de l'urbanisme⁷⁸. Visant à la réalisation d'opérations telles que la mise en œuvre d'une politique locale de l'habitat et ne pouvant être conclues qu'avec un établissement public, une société mixte locale ou une société d'économie mixte dont plus de moitié du capital est détenu par une personne publique, ces conventions étaient considérées en droit interne comme soustraites à toute procédure de publicité et de mise en concurrence⁷⁹.

Alors que la Commission européenne avait accepté de suspendre la procédure en infraction engagée contre la France à ce sujet, sur la foi des engagements pris par le gouvernement, l'arrêt *Sodegis* de la Cour administrative d'appel de Bordeaux⁸⁰ a créé une pression supplémentaire, en soumettant par application de la jurisprudence *Telaustria*⁸¹, la passation de ces contrats au respect des règles fondamentales du traité CE et

⁷⁸ Privilégiée dans les limites de la présente contribution parce que topique, l'illustration n'est cependant la seule qui s'offre en la matière. Ainsi le décret 2011-1000 du 25 août 2011 a-t-il rapidement reformulé l'article 80 I du Code des Marchés publics, après que le Conseil d'Etat statuant en référé ait jugé incompatible avec le droit de l'Union l'exception qui y était introduite au délai de standstill requis par la directive Recours du 21 décembre 1989, entre la notification du rejet de sa candidature à un opérateur économique et la signature du marché, « lorsque le marché est attribué au seul candidat ayant présenté une offre répondant aux exigences indiquées dans l'avis d'appel à la concurrence ou dans les documents de la consultation » (CE, 1^{er} juin 2011, *Sté Koné*, n° 346405, publié au Recueil Lebon).

⁷⁹ V. S. Braconnier (dir.), *Les collectivités territoriales et leurs contrats*, Editions Jurisclasseur, coll. Juris compact, 2002, pp. 216 et s.

⁸⁰ CAA Bordeaux, 9 nov. 2004, 01BX00381, mentionné aux tables du recueil Lebon, *AJDA*, 2005, p. 257, note J.-D. Dreyfus ; *Ann. Droit européen*, vol. II, 2004, Bruylant 2006, p. 907, obs. O. Dubos.

⁸¹ CJCE, 7 déc. 2000, aff. C-324/98, *AJDA* 2001, p. 106 note L. Richer. V. supra B. Belda, Partie II, chap. 1, p. 241.

donc, à des obligations minimales de transparence propres à assurer l'égalité d'accès des opérateurs. La réaction n'a pas tardé, une circulaire des ministres de l'équipement et de l'environnement appelant, « sans attendre une modification de la loi », les collectivités territoriales et leurs groupements à « procéder, lorsqu'elles sont amenées à choisir un aménageur, à une publicité adéquate, selon des modalités qu'elles fixent elles-mêmes en fonction de l'importance de l'opération » et leur conseillant en cas d'hésitation de « recourir à la procédure définie au chapitre IV de [...] la loi Sapin » concernant les délégués de service public⁸². Mais le législateur lui-même n'en devait pas moins agir, tant, sans avoir directement dénoncé l'incompatibilité de l'article L 300-4 avec le traité CE, l'arrêt *Sodegis* faisait peser un « risque contentieux majeur »⁸³ sur les projets d'aménagements des collectivités territoriales. Le constat a alors été fait que la distinction introduite entre les conventions publiques et les concessions ordinaires d'aménagement ne correspondait pas aux impératifs du traité, lequel garantit la neutralité à l'égard du statut public ou privé des entreprises – en conséquence de quoi la loi 2005-809 du 20 juillet 2005 y a mis fin et prévu que l'attribution de ces contrats soit précédée d'une « procédure de publicité permettant la présentation de plusieurs offres concurrentes », selon des modalités fixées par le décret 2006-959 du 31 juillet 2006.

⁸² Circulaire n° 2005-9, 8 fév. 2005, relative aux procédures de publicité et de concurrence préalables à la conclusion des conventions publiques d'aménagement.

⁸³ Selon l'expression également employée dans les rapports faits au nom de la Commission des lois de l'Assemblée nationale (J.-P. Grand, Rapport AN n° 2404) et du Sénat (J.-P. Sueur, Rapport n° 458), lors de la présentation du projet de loi – l'exposé des motifs se référant lui-même expressément à l'arrêt *Sodegis*.

Comme n'ont pas manqué de le souligner des commentateurs, cette réforme restait cependant loin du compte, dans la mesure où elle avait seulement établi un socle minimal de mise en concurrence (empruntant à la fois à la loi Sapin et aux dispositions communautaires relatives aux concessions de travaux), là où il ne pouvait être exclu que certaines conventions/concessions d'aménagement doivent être qualifiées de marché public au sens des directives communautaires et soumises à des conditions de passation plus contraignantes. En fait, c'était précisément l'un des objets de l'avis motivé (IP/04//1294) adressé à la France le 5 février 2004⁸⁴ et le sens de l'arrêt de la Cour de justice *Auroux*⁸⁵. Rendu sur renvoi préjudiciel du tribunal administratif de Lyon puis relayé dans d'autres causes par plusieurs cours administratives d'appel⁸⁶, ce dernier a donc confronté les pouvoirs publics à la nécessité d'une nouvelle adaptation, opérée par le décret 2009-889 du 22 juillet 2009⁸⁷.

Il se vérifie ainsi, si besoin était, que l'écho donné aux exigences européennes dans la jurisprudence nationale est susceptible de pousser à la modification des textes. Mais la

⁸⁴ *Contrats et marchés publics*, 2004, alerte 21 ; *AJDA* 2004, p. 2079 ; *Rev. Dr. Imm* 2004/6, p. 554.

⁸⁵ CJCE, 18 janv. 2007, aff. C-220/05, Rec. p. I-385, *Rev. Dr. Imm.* 2009, p. 40, comm.. J. Braconnier, *Europe* 2007, comm.. n° 91, obs. E. Meisse. V. également E. Fatôme, L. Richer, « La procédure de passation des concessions d'aménagement – entre le décret du 31 juillet 2006, l'arrêt Auroux et le décret à venir... », *AJDA*, 2007, p. 409.

⁸⁶ CAA Nantes, 19 déc. 2007, *Josse*, préc., *Europe* 2008, comm. n° 79, obs. D. Simon ; CAA Nantes, 10 nov. 2009, *M. Fages*, préc. ; CAA Paris, 14 janv. 2010, *Commune de Chelles*, préc.

⁸⁷ V. à ce sujet F. Llorens et P. Soler-Couteaux, « Mise en conformité du droit des concessions d'aménagement avec le droit communautaire – Commentaire du décret 2009-889 du 22 juillet 2009 », *Rev. Dr. Imm.*, 2009/12, p. 616.

pression exercée peut être, le cas échéant, plus élevée et la réceptivité du juge administratif plus conséquente, quand il en vient à fixer à l'administration la direction à suivre.

B – L'affirmation de la portée directive de la jurisprudence

A l'égard de l'administration et du pouvoir réglementaire (lorsque sa production est en tant que telle contestée, indépendamment d'une application individuelle), les pouvoirs du juge administratif renforcent nécessairement l'emprise, l'impact du contrôle de conventionnalité sur l'évolution de l'état du droit. Quand bien même s'en tiendraient-ils à une annulation, on ne saurait négliger que les arrêts rendus sur le fondement des droits européens peuvent être source de changements, soit qu'ils aient directement pour effet d'expurger l'ordre juridique d'un acte administratif général contraire (ou du moins de certaines de ses dispositions)⁸⁸, soit qu'ils aboutissent indirectement à ce

⁸⁸ Les exemples à cet égard sont nombreux et pourraient être multipliés. On se bornera donc seulement à rappeler, en complément aux précédents développements sur la dynamique correctrice du contrôle juridictionnel centrés sur le domaine de la fonction publique, les censures partielles du code des marchés publics, tant dans la version issue du décret du 7 mars 2001 (notamment CE, Ass., 5 mars 2003, *Union nationale des services publics industriels et commerciaux (UNSPIC)*, n° 233372, *AJDA*, 2003, p. 722, chron. F. Donnat et D. Casas, *Europe*, 2003, comm. 130, P. Cassia) que dans la suivante résultant du décret du 7 janvier 2004 (CE, 23 fév. 2005, *ATMMP*, n° 264712, *RFDA*, 2005, p. 483, concl. D. Casas, *Contrats et Marchés publics*, 2005, n° 107, G. Eckert ; *AJDA*, 2005, p. 668, note J.-D. Dreyfus). Et l'on signalera par ailleurs un arrêt du 11 juillet 2012 (n° 347148), par lequel le Conseil d'Etat fait droit à la requête en annulation de l'article 31 du décret 2010-1711 du 30 décembre 2010 portant code déontologique du service public pénitentiaire qui a été jugé imposer aux agents des sujétions excessives au regard de l'article 8 CEDH, du fait de l'interdiction d'entretenir des relations avec des ex-détenus et leurs parents ou amis.

résultat, en censurant un refus d'abrogation⁸⁹. Ce n'est cependant pas cet aspect qui manifeste à proprement parler la portée directive de la jurisprudence.

Celle-ci s'exprime en effet davantage avec l'usage d'un pouvoir d'injonction, qui, pour avoir été attribué au juge par la loi du 8 février 1995 (art. L 911-1 du Code de justice administrative) indépendamment du contexte de l'europanisation, n'est pas moins susceptible d'en servir la réalisation. Destinées à prévenir les difficultés d'exécution de la chose jugée, en explicitant les obligations qui en résultent, ces injonctions, appliquées à des cas individuels, peuvent d'abord permettre de « restaurer » les requérants dans les droits que leur confèrent ou leur garantissent les normes européennes⁹⁰. Dans l'affaire *Burbaud*, elles ont ainsi dessiné la voie d'accès de la requérante, diplômée de l'Ecole nationale de santé publique de Lisbonne, au corps des directeurs d'hôpitaux dans la fonction

⁸⁹ Ainsi l'annulation du refus d'abroger les articles 11 bis et 12 du décret 89-398 du 29 décembre 1989, concernant la police des investissements étrangers (CE, 8 déc. 2000, *Eglise de Scientologie de Paris*, n° 181533, mentionné aux tables du Recueil Lebon) a-t-elle été suivie de l'adoption du décret 2003-196 du 7 mars 2003, se substituant au précédent et précisant en son article 7, afin de remédier au défaut de prévisibilité jugé incompatible avec le principe de libre circulation, la nature des investissements directs étrangers qui doivent être regardés comme susceptibles de mettre en cause l'ordre public ou la sécurité publique (texte lui-même remplacé ultérieurement par le décret 2005-1739, lequel isole formellement le cas des investissements réalisés en France qui proviendraient d'un autre Etat membre de la Communauté).

⁹⁰ Aux exemples précités concernant le droit des fonctionnaires masculins à la même bonification d'ancienneté que leurs homologues féminins, s'ajoute ceux tirés du contentieux de la police des étrangers (v. par ex., CE, 6 déc. 2002, *Lukundu*, n° 200991, publié au Recueil Lebon : ministre enjoint à délivrer un visa de séjour dont, au vu de la CEDH, le refus est jugé porter une atteinte disproportionnée au droit de la requérante au respect de sa vie familiale).

publique française – la Cour administrative d’appel de Douai ayant fait obligation au ministre de réexaminer la demande de l’intéressée dans un délai de six mois et le cas échéant de prononcer son intégration « en l’assortissant de l’obligation d’effectuer un stage d’adaptation ou de se soumettre à une épreuve d’aptitude » s’il apparaissait des différences de formation propres à le justifier⁹¹ ; la Cour administrative d’appel de Bordeaux lui ayant ensuite enjoint, puisque de telles mesures avaient effectivement été décidées, de « définir le statut de Mme Isabel Burbaud pendant son stage d’adaptation, les modalités de son évaluation et de sa rémunération »⁹². La pratique des injonctions ne se limite cependant pas à cette configuration, dont l’incidence sur l’évolution de l’état du droit en tant tel pourrait sembler moindre. Car leur objet peut tout aussi bien être de commander l’intervention du pouvoir réglementaire, qu’il s’agisse de déférer à une demande d’abrogation de dispositions générales incompatibles⁹³ ou de procéder à leur remplacement et leur modification⁹⁴.

De surcroît, la portée directive de la jurisprudence ne saurait être ramenée au seul cadre fixé par l’article L 911-1 du CJA.

⁹¹ CAA Douai, 15 avr. 2004, *Burbaud c/ Ministre de la Santé*, préc.,

⁹² CAA Bordeaux, 11 déc. 2008, *Burbaud*, n° 07BX02403. Entretemps cependant, la CAA de Douai était encore intervenue, après que le Conseil d’État ait rejeté le pourvoi en cassation du Ministre (CE, 16 mars 2005, *Ministre de la Santé et de la protection sociale*, n° 268718, *AJDA* 2005, p. 1465, concl. T. Olson), pour procéder à la liquidation de l’astreinte précédemment prononcée et ordonner à l’État de lui rendre compte des mesures prises pour l’exécution de son arrêt de 2004 (CAA Douai, 9 juin 2005, *AJFP* 2005, p. 277, concl. J. Lepers).

⁹³ Par ex. CE, 7 fév. 2003 *GISTI*, n° 243634 ordonnant l’abrogation, opérée par le décret 2004-1044 du 4 octobre 2004, du décret-loi du 6 mars 1939 relatif au contrôle de la presse étrangère (N. Ach, « Le dépérissement progressif de la police des publications étrangères », *AJDA*, 2005, p. 1606).

⁹⁴ CE, 4 avr. 2001, *Mme Larsen-Bocquet*, préc.

Depuis une décennie, le Conseil d'Etat s'autorise également à ordonner les mesures qui doivent être prises à la suite d'un arrêt d'annulation, alors même qu'il n'aurait pas été saisi de conclusions à fins d'injonction et qu'il ne statuerait pas sur un contentieux de pleine juridiction. Cette technique, solennellement confirmée par l'arrêt d'Assemblée *Vassilikiotis*⁹⁵ dans un contexte de violation des règles communautaires, n'y est certes pas circonscrite puisqu'elle a également été mobilisée dans des litiges de pur droit interne⁹⁶. Cette circonstance ne lui enlève toutefois pas son intérêt, comme en témoigne son utilisation en réponse à une transposition incomplète des directives « Marchés publics ». Au sein de l'abondant contentieux suscité par le décret 2001-210 du 7 mars 2001 portant Code des marchés publics, les arrêts *Fédération française des courtiers d'assurance* et *Syndicat national des pharmaciens praticiens hospitaliers et des praticiens hospitaliers universitaires*⁹⁷ se distinguent ainsi par l'indication, d'une part, des ajouts qui devaient être apportés aux dispositions de l'acte annulées à raison de leurs omissions⁹⁸ et la précision,

⁹⁵ CE Ass., 29 juin 2006, n° 21322, *AJDA* 2001, p. 1046, Chron. P. Collin et M. Guyomar ; *RDP*, 2002, p. 748, obs. C. Guettier ; *Europe* 2001, comm. n° 265, P. Cassia.

⁹⁶ CE, Sect., 25 juin 2001, *Société Toulouse Football club*, n° 234363, Leb. p. 281, *AJDA*, 2001, p. 887, note G. Simon ; CE 27 juil. 2001, *Titran*, Leb. p. 411, *AJDA* 2001, p. 1046, Chron. P. Collin et M. Guyomar.

⁹⁷ Respectivement CE, 28 avril 2003, n° 233343, mentionné aux Tables du recueil Lebon ; *Ann. Droit européen*, vol. I, 2003, Bruylant 2005, p. 724, obs. F. Fines et CE, 28 avril 2003, n° 232717.

⁹⁸ Aux termes de l'arrêt *Fédération française des courtiers d'assurance*, « il incombe aux auteurs du décret attaqué de compléter les articles 39 et 40 du code des marchés publics par des dispositions fixant des modèles d'avis ou renvoyant à des arrêtés ministériels la fixation de tels modèles » ainsi que « d'ajouter à ces dispositions » la condition à laquelle la directive subordonne la réduction du délai de réception des offres.

d'autre part, que « ces annulations comportent pour l'Etat les obligations énoncées au motif de la présente décision » - la formule, insérée dans le dispositif, renforçant donc « le caractère impératif de ce guide de l'exécution de la chose jugée »⁹⁹. Peut-être serait-il hasardeux d'extrapoler les justifications données par le Commissaire du gouvernement au prononcé d'office d'une injonction dans l'affaire *Vassilikiotis*¹⁰⁰ et d'expliquer ce choix d'une contrainte accrue à l'égard du pouvoir réglementaire par des considérations tirées des exigences communautaires. Le fait est néanmoins qu'il contribue d'autant à la sanction de l'obligation dans laquelle se trouve les autorités nationales « d'adapter la réglementation des Etats membres aux directives qui leur sont destinées » et d'édicter en conséquence des dispositions « soit identiques, soit d'effet équivalent »¹⁰¹. Et si les conclusions du Conseil d'Etat ne procèdent pas véritablement en l'occurrence du dialogue des juges (dans la mesure où elles se sont directement fondées sur la lettre des directives communautaires ou leurs annexes et non sur la lecture

⁹⁹ D. Ritleng, « Chronique de jurisprudence administrative française intéressant le droit communautaire », *RTDE* 2003, p. 672.

¹⁰⁰ S'agissant d'une profession réglementée étrangère à l'administration, était contesté un arrêté subordonnant la délivrance de la carte professionnelle de guide touristique à la possession de diplômes nationaux sans prévoir aucun système d'équivalence pour les titres obtenus dans d'autres Etats membres. Aussi le Commissaire du gouvernement a-t-il fait valoir qu' « une décision d'annulation de la seule omission, maintenant en vigueur le texte contraire au droit communautaire et qui n'oblige même pas l'administration à tirer toutes les conséquences de ce droit à l'égard des situations individuelles dont elle est ou sera saisie encourrait la critique au regard de la jurisprudence de la Cour de justice ».

¹⁰¹ Selon les termes respectivement employés dans les arrêts *Cohn-Bendit* (CE, Ass., 22 déc. 1978, Leb. p. 524) et *Confédération nationale des sociétés de protection des animaux de France* (CE, 28 sept. 1984, Leb. p. 512), avant que l'obligation de transposition ne soit érigée en exigence non seulement communautaire mais constitutionnelle.

qu'en aurait faite la Cour de justice), leur teneur et leur force, égale à celles des injonctions les plus formalisées, concourent à la pénétration effective de la norme européenne.

Dans cet ordre d'idée, le juge administratif n'hésite pas non plus à donner un effet immédiat, dans tous les sens du terme, à la recherche d'euro-compatibilité, en imputant à l'administration, dans l'examen des conclusions à fins d'annulation, des obligations de faire en absence et dans l'attente de textes nationaux conformes. Cette tendance s'est notamment manifestée au profit du droit communautaire, de manière d'autant plus sensible que toute invocabilité de substitution se voyait encore dénié à l'époque aux directives.

S'agissant de la reconnaissance des qualifications pour l'accès à la fonction publique (plus précisément territoriale¹⁰²), il a par exemple été jugé, eu égard aux insuffisances du décret du 30 août 1994, qu'il appartenait « à la commission d'assimilation des diplômes européens [...], non seulement de prendre en compte l'expérience professionnelle des candidats mais aussi de mettre les demandeurs à même de faire état de cette expérience » et donc de les inviter à produire les éléments nécessaires pour apprécier si les capacités acquises dans le cadre d'une expérience pratique complètent suffisamment celles attestées par leur diplôme¹⁰³. De même lui est-il revenu, suivant

¹⁰² A considérer les motifs de rejet des recours exercés par des diplômés d'autres Etats européens empêchés de se présenter à un concours de recrutement (CE, 25 juil. 2007, *Marot*, n° 300498 ; CE, 6 août 2008, n° 308898), il semble que la pratique de la commission d'homologation pour la fonction publique hospitalière se soit mieux ou plus rapidement adaptée au constat d'incompatibilité du décret 94-616 avec la directive 92/51, en tant qu'il ne permettait pas la prise en compte d'une expérience professionnelle postérieure à l'obtention du diplôme présenté.

¹⁰³ CE, 27 juil. 2005, *Mme X.*, n° 267979 ; CE, 5 mars 2007, *Elzbieta A.*, n° 280713.

la logique des directives 89/48 et 92/51, « de porter une appréciation sur les conditions dans lesquelles les diplômes européens qui lui sont soumis donnent accès à la même profession dans l'Etat qui les délivre »¹⁰⁴ en vue de déterminer si celle-ci y apparaissait également réglementée¹⁰⁵.

Cette obligation « palliative » d'instaurer et de suivre des procédures compatibles avec les objectifs de directives communautaires, à défaut de transposition satisfaisante, s'est également imposée en matière de passation de marchés publics ou de concession de travaux. Se déduisant implicitement¹⁰⁶, dans un premier temps, de la censure de procédures irrégulières parce que fondées sur des règles nationales ne prévoyant pas de modes de publicité et/ou de mise en concurrence compatibles avec l'objectif des textes communautaires¹⁰⁷, elle s'est ensuite affirmée sans détour dans la jurisprudence ultérieure - des « pouvoirs adjudicateurs » étant alors considérés comme tenus, en l'absence notamment de règles nationales relatives au

¹⁰⁴ CE, 4 août 2006, *Fischer*, préc.

¹⁰⁵ En vertu des directives, le ressortissant d'un Etat membre ne peut en effet se voir refuser l'accès à une profession s'il est titulaire du diplôme nécessaire dans son Etat d'origine pour s'y livrer. En revanche, si dans l'Etat d'origine ni l'accès à la profession concernée, ni son exercice ne sont subordonnés à la possession d'un titre spécifique, l'intéressé doit avoir pratiqué pendant au moins deux ans, à temps plein, sous couvert d'un diplôme sanctionnant une formation post-secondaire d'un an à trois ans (pour la directive 92/57) ou de trois ans et plus (pour la directive 89/48).

¹⁰⁶ En ce sens, v. G. Alberton, « Les autorités administratives françaises : obligations de faire et de ne pas faire », *RFDA*, 2002, p. 1.

¹⁰⁷ CE Ass, 6 fév. 1998, *Tête*, n° 138777, *Leb.* p. 30, *RFDA*, 1998, p. 410, concl. H. Savoie et CE, Sect., 20 mai 1998, *Communauté de communes du Piémont-de-Barr*, n° 188239, *Leb.* p. 201, *RFDA* 1998, p. 613, *AJDA* 1998, p. 632.

contenu des avis d'appel à la concurrence, de procéder à une publicité adéquate de leurs intentions¹⁰⁸.

Enfin, sans s'être lui-même exprimé en termes d'obligation dans le cadre d'un recours qui lui aurait été directement déféré, le Conseil d'Etat n'en a pas moins, plus récemment, indiqué ce qui devrait être prescrit aux services, en matière de police des étrangers, pour que soient respectées en pratique les dispositions d'une directive en mal de transposition exigeant que les décisions d'éloignement soient assorties d'un délai de départ volontaire, sauf exceptions (tenant à un danger pour l'ordre public, un risque de fuite ou à une demande manifestement mal fondée ou frauduleuse de séjour régulier). Ayant constaté l'incompatibilité partielle avec cette règle des dispositions législatives existantes (art. L 511-1 II du CESEDA), l'avis contentieux *Jia et Thirio*¹⁰⁹ a en effet soumis l'adoption de mesures de reconduite à la frontière pour entrée irrégulière, maintien irrégulier sur le territoire ou maintien sur le territoire au-delà d'un mois après expiration du titre dont le renouvellement a été refusé, à la condition qu'elles soient « assorties d'un délai de retour approprié à la situation de l'intéressé et supérieur à 7 jours »¹¹⁰. Et l'indication prend d'autant plus de poids qu'en reconnaissant ensuite un effet direct aux articles 7 et 8 de la directive 2008/815, conformément aux

¹⁰⁸ CE, 27 juil. 2001, *Cie générale des eaux*, n° 229566, CE, 14 mai 2003, *Communauté d'agglomération de Lens-Liévin*, n° 251336

¹⁰⁹ CE, avis, 21 mars 2001, n° 345978 et 346612, publié au Recueil Lebon, *JCP A*, 2011, 2173, comm. S. Slama.

¹¹⁰ Un spécialiste du droit des étrangers a pu cependant davantage analyser cette obligation, destinée à compenser une incompatibilité, comme une habilitation donnée à l'administration, lui permettant de continuer à prendre des arrêtés de reconduite et reprocher en conséquence au Conseil d'Etat d'avoir admis en l'occurrence une forme d'effet direct inversé des directives (en ce sens, v. S. Slama, « L'invocabilité de la directive Retour fait dérailler l'engrenage de la reconduite à la frontière », préc.).

critères dégagés par la jurisprudence communautaire, la Haute juridiction administrative a ouvert la possibilité aux justiciables de les invoquer à l'appui d'un recours dirigé contre une décision individuelle qui ne prévoiraient pas un tel délai¹¹¹.

Il n'appartient donc plus seulement à l'administration, en respect de la hiérarchie des normes en droit interne, de s'abstenir de prendre les mesures d'application d'une loi qui contreviendrait aux engagements internationaux de la France¹¹². En fixant ou concrétisant les obligations qui lui incombent lorsqu'elle est confrontée au droit européen, le juge administratif intensifie l'efficacité « réformatrice » de son contrôle. S'esquisse ainsi déjà sa capacité proprement adaptative.

¹¹¹ Dès le 23 mars 2011, une circulaire ministérielle, tirant les conséquences de l'avis *Jia et Thirio* a donc prescrit aux préfets de ne « pas procéder à l'exécution d'office [des arrêtés de reconduite] avant un délai de sept jours révolus à compter de la notification de la décision, pour laisser à l'intéressé un délai de départ volontaire conforme à la directive Retour ». Statuant en référé (CE, ord., 12 mai 2011, *GISTI*, n° 348774), le Conseil d'Etat n'a détecté aucun doute sérieux quant à sa légalité. Le régime transitoire ainsi instauré a pris fin avec la transposition de la directive par la loi 2011-672 du 16 juin 2011.

¹¹² Pour l'admission d'une abstention légale, v. CE, 24 fév. 1999, *Association des patients de la médecine d'orientation anthroposophique*, Leb., p. 29, qui infléchit la jurisprudence *Dame vve Renard*, faisant obligation au pouvoir réglementaire d'assurer l'application des lois et pour la censure d'une intervention illégale, v. CE, sect., 31 oct. 2008, *Section française de l'Observatoire international des prisons*. Sur cette obligation du pouvoir réglementaire en relation avec les droits européens, v. M. Guyomar, « Le juge administratif et le droit européen », in J.-B. Auby (dir.), *L'influence du droit européen sur les catégories du droit public*, op. cit., pp. 87-101, spéc. pp. 98-99.

C – Le déploiement de la capacité adaptative de la jurisprudence

Il est communément admis que le droit administratif français est pour partie jurisprudentiel. S'en déduit logiquement la capacité de la jurisprudence administrative à constituer en elle-même, parallèlement ou à la place du droit écrit¹¹³, un instrument d'adaptation¹¹⁴ aux droits européens.

A priori, la symétrie voudrait que cette capacité s'exerce surtout à l'égard de règles elles-mêmes prétoriennes qui gouvernent telle ou telle question de droit administratif. De fait, le dialogue des juges n'a pas manqué de se solder par l'évolution de certaines¹¹⁵ : consécration, à propos d'une

¹¹³ Sans y revenir pour ne pas créer de répétition (v. supra C. Nivard, Partie II Chap. 2, spéc. p. 347), le régime probatoire des discriminations en matière d'emploi (*CE, 30 oct. 2009, Perreux, n° 298348*) est un parfait exemple de mobilisation du pouvoir prétorien dans une situation où la transposition nationale tardive d'une directive n'était pas applicable.

¹¹⁴ Au demeurant, ce peut tout autant être un instrument de compatibilité avec les droits européens, sur lequel les autorités nationales ne paraissent pas hésiter à se déporter (notamment lorsqu'elles n'opèrent qu'une transposition partielle de directive communautaire). L'exemple en est donné avec les garanties de fond prévues par la directive 64/221 au bénéfice des citoyens UE et des membres de leur famille en cas d'éloignement pour raison d'ordre public, qui reprises et précisées par la directive 2004/38, n'ont pas été inscrites dans les textes avant la réforme du code de l'entrée et du séjour des étrangers opérée par la loi 2011-672, sans encore s'y retrouver toutes. Dans l'intervalle et pour le reste, la conformité du droit national au droit de l'Union semble donc avoir reposé sur la jurisprudence administrative, dont l'avancée ancienne au sujet de l'absence d'automaticité entre condamnations pénales et mesures de police des étrangers (*CE, Ass, 21 janv. 1977, Dridi*) ne saurait être vue comme élément d'europanisation.

¹¹⁵ Pour d'autres exemples de « l'incidence du droit communautaire sur le droit administratif jurisprudentiel », concernant l'enrichissement des principes généraux du droit français, les effets dans le temps des arrêts d'annulation ou encore le régime de responsabilités du fait du juge, v. B.

validation législative contraire à la CEDH, d'un nouveau principe de responsabilité du fait des lois en cas de méconnaissance des engagements internationaux de la France¹¹⁶, qui sans caractériser une faute du législateur, ni assouplir les conditions d'engagement de la responsabilité sans faute pour rupture de l'égalité devant les charges publiques, a permis du moins d'apporter une réponse aux exigences, longtemps contournées¹¹⁷, issues de la jurisprudence communautaire *Francovich et Bonifaci – Factortame III-Brasserie du Pêcheur*¹¹⁸; aménagement des conditions de retrait des actes administratifs unilatéraux créateurs de droits dans le cas de la récupération d'aides irrégulières au regard du droit de l'Union¹¹⁹; voire érosion silencieuse¹²⁰, sous les assauts de

Genevois, « L'application du droit communautaire par le Conseil d'Etat », *RFDA*, 2009, p. 201.

¹¹⁶ CE, Ass., 8 fév. 2007, *Gardedieu*, *RFDA* 2007, p. 361, concl. Derepas ; p. 525, note D. Pouyaud ; p. 789, note M. Canedo-Paris ; *AJDA*, 2007, chron. F. Lenica et J. Boucher ; *Dr. Adm.*, 2007, Etude n° 7, F. Melleray et M. Gautier. V. également G. Clamour, « Le sens des responsabilités... à propos de l'arrêt *Gardedieu* », *D.*, 2007, p. 1214 et infra L. Fermaud, Partie III, chap. 2, spéc. p. 504 et s.

¹¹⁷ CE, Ass., 28 février 1992, *Société Arizona Tobacco Products*, Lebon 78 ; *AJDA*, 1992, 210, concl. Laroque ; *RFDA*, 1992, 425, note Dubouis (imputant la faute ouvrant droit à réparation au pouvoir réglementaire qui avait à tort donné application à une loi incompatible avec une directive) ; CE Ass. 30 oct. 1996, *Sté Jacques Dangeville*, *RFDA* 1997, p. 1056, concl. M. Goulard (opposant l'exception de recours parallèle).

¹¹⁸ CJCE, 19 novembre 1991, *Francovich et Bonifaci / Italie*, aff. C-6/90, § 37 ; *Europe*, décembre 1991, 1, chron. D. Simon ; *JCP, G*, 1991, II 21783, obs. A. Barav ; CJCE, 5 mars 1996, *Brasserie du pêcheur et Factortame*, aff. C-46/93 ; *RFDA* 1990, 914, note J.-C. Bonichot, *AJDA* 1990, 834, obs. P. Le Mire, *JDI* 1991, 447, comm. D. Simon.

¹¹⁹ S'agissant notamment du problème soulevé par les aides d'Etat irrégulières (ne serait-ce que parce qu'elles n'ont pas été notifiées préalablement à la Commission), l'aménagement s'est traduit par l'introduction d'un cas d'exception au régime national de retrait dans un délai

l'article 6§1 de la Convention, du principe anachronique de non-publicité des audiences devant les juridictions administratives sauf actes législatifs ou réglementaires en disposant

de quatre mois des décisions pécuniaires créatrices de droit résultant de la combinaison des jurisprudences *Ternon* (CE, Ass., 26 oct. 2001, *AJDA*, 2001, p. 1034) et *Soulier* (CE, sect, 6 nov. 2002, *AJDA*, 2002, p. 1434, *RFDA* 2003, p. 234), régime écarté par le juge administratif (CAA, Paris, 5 oct. 2004, *CELF*, n° 01PA02717, *AJDA*, 2005, p. 260, concl. P. Trouilly confirmé par CE, 29 mars 2006, n° 274923, *Leb.* p. 173, *AJDA* 2006, p. 1396, note Cartier-Bresson), en stricte conformité avec la jurisprudence communautaire affirmant l'inopposabilité des législations nationales contraires aux principes d'équivalence et d'effectivité (not. CJCE, 20 mars 1997, *Alcan Deutschland GmbH*, C-24/95, *Rec.* p. 1604 ; D. 1998, *Jur.* p. 258, note J.-C. Fourgoux et s'agissant de l'inopposabilité à propos des aides d'Etat des règles nationales relatives aux actes créateurs de droit, CJCE, 20 sept. 1990, *Commission c/ Allemagne*, aff. C-5/89, *Rec.* p. I-3437). Pour une adaptation par ailleurs du régime de retrait des actes administratifs au cas particulier d'une subvention accordée par une administration dans le cadre de programmes communautaires, v. CE, 28 oct. 2009, *VINIFLHOR*, n° 302030, *AJDA*, 2009, p. 2437, chron. D. Nicinski, E. Glaser, P.-A. Jeanneret.

¹²⁰ V. par ex. pour des arrêts qui censurent sur le fondement de l'article 6§1 CEDH une procédure irrégulière parce que ne s'étant pas tenue, dans le silence des textes, en audience publique : CE, 1994, *Département de l'Indre c/ Padilla*, n° 111251, *Leb.* p. 363, CE, Sect. 27 mars 1998, *Département de Saône et Loire c/ Bonnin-Bonnin*, 145512, *Leb.* p. 107 et CE, Ass., 6 déc. 2002, *Trognon*, n° 240028 (s'agissant de la Commission centrale d'aide sociale) ; CE, Sect. 6 déc. 2002, *Aïn-Lhout*, n° 221319, publié au *Lebon* (concernant les Commissions départementales des travailleurs handicapés). Sur ce sujet, il faut noter que la dynamique correctrice du contrôle juridictionnel s'est concurremment manifestée. Ainsi pour la dénonciation de dispositions nationales posant un principe de non-publicité, CE sect. 30 nov. 1998 *Lorenzi*, n° 159444 (écartant l'article L 314-15 du Code des juridictions financières, à propos de la Commission de discipline budgétaire et financière) ou encore CE 7 juin 2000, *Zurmely*, n° 206362 (censurant le refus d'abroger des dispositions réglementaires relatives à la procédure devant le Conseil national de l'enseignement supérieur et de la recherche et devant les sections disciplinaires des conseils d'administration des établissements publics d'enseignement supérieur).

autrement¹²¹... Il n'en est pas moins possible de distinguer également des adaptations réalisées par le juge dans l'application d'une règle nationale écrite ou d'une définition légale. Débordant la seule institution de la carte de séjour « vie privée et familiale », le mode d'européanisation de la police des étrangers, sous l'influence de l'article 8 de la Convention, en est un exemple. Mais l'observation vaut tout autant dans d'autres domaines, comme en droit des contrats où c'est bien la jurisprudence administrative qui tend à un opérer un rapprochement entre la définition communautaire des concessions et la définition française des délégations de service public, en faisant place au critère du transfert du risque¹²², privilégié par la Cour de justice et la Commission¹²³ dans l'appréciation du critère, consacré par la loi¹²⁴, de la rémunération substantiellement assurée par les résultats d'exploitation.

¹²¹ CE, 25 juin 1948, *Brillaud*, Leb. p. 292 ; CE, 4 oct. 1967, *Wattebled*, Leb. p. 351.

¹²² CAA Bordeaux, 9 juil. 2001, *Sté Onet car*, n° 97BX01801 ; CAA Douai, 5 juin 2001, *Sté Ateliers de mécanique du pays d'Ouche*, n° 97DA10602 ; CAA Nantes, 31 juil. 2003, *Préfet du Cher*, n° 00NT012524 ; CAA Paris, 16 déc. 2008, *Commune de Boulogne-Billancourt*, n° 07PA00954 ; CE 7 nov. 2008, *Département de Vendée*, n° 291794, Leb. T. p. 805, *AJDA*, 2008, p. 2454, note L. Richer ; *Contrats et Marchés publics* 2008, obs. G. Eckert et CE, 5 juin 2009, *Société Avenance – Enseignement et santé*, n° 298641, également mentionné aux Tables du recueil Lebon.

¹²³ CJCE, 13 octobre 2005, *Parking Brixen*, aff. C-485/03 ; CJCE, 10 sept. 2009, *Eurawasser*, aff. C-206/08.

¹²⁴ Loi 2001/1168 du 11 décembre 2001 codifiant la jurisprudence CE, 15 avril 1996, *Préfet des Bouches-du-Rhône c/ Commune de Lambesc*, n° 168325, Leb. p. 137, *RFDA*, 1996, concl. Chantepy. Sur la qualification des délégations, v. not. F. Llorens, « Remarques sur la rémunération du cocontractant comme critère de la délégation de service public », *Mélanges Waline*, Dalloz, 2002, p. 316.

De la même manière, il serait réducteur de considérer que l'adaptation s'effectue seulement au moyen du pouvoir normatif, créateur de la jurisprudence, strictement dissocié de sa fonction interprétative. D'abord parce que dans la confrontation au droit de l'Union ou de la Convention, l'interprétation et l'application des textes nationaux peuvent à l'occasion s'assortir de la consécration d'une règle non-écrite¹²⁵ ; ensuite parce qu'indépendamment de toute manifestation du pouvoir constructif de juge, elles peuvent aboutir à donner un nouveau sens, une nouvelle portée à la lettre du droit national et opérer donc, en soi, un changement.

Sans doute le recours à ces différentes techniques pourrait-il néanmoins être plutôt perçu comme une limite à l'europanisation, dès lors que l'invocation de principes prétoriens « rappelés » par les normes européennes suggère une stratégie de renationalisation (cf *supra*), et que parallèlement ou conjointement, l'effet, sinon le but, d'une interprétation conciliante – constructive ou non – peut être de « sauver » la loi nationale existante et d'éviter sa réforme, comme en attestent quelques solutions jurisprudentielles concernant la Convention européenne des droits de l'homme¹²⁶. Dans ces conditions, on ne

¹²⁵ Pour ex., interprétation à la lumière du principe d'impartialité des articles L 134-6 et L 134-2 du Code de l'action sociale et des familles relatifs à la composition des Commissions départementales et centrale d'aide sociale, aboutissant à l'exclusion prétorienne de la participation à ces juridictions administratives spécialisées des conseillers généraux lorsque le département est partie à l'instance (CE, 21 oct. 2009, *Bertoni*, n° 316881) ou des fonctionnaires qui appartiendraient aux services dont les activités sont précisément au cœur des contentieux traités par la juridiction (CE, Ass., 6 déc. 2002, *Trognon*, préc.).

¹²⁶ En dehors de l'illustration fournie par les jurisprudences *Bitouzet* et *Schiocchet* (V. supra L. Milano, Partie II, chapitre 2, spéc. p. 282 et s.), le constat se fait aussi, s'agissant de la composition des Commissions

saurait dire que la capacité adaptative de la jurisprudence soit un canal d'influence européenne accentuée, ni que le dialogue des juges, dans son versant descendant, fonctionne comme un coefficient démultiplicateur. Toutefois, on observera, en contrepoint, que, s'agissant du droit de l'Union, la Cour de justice elle-même appelle de plus en plus le juge national à pratiquer de telles conciliations¹²⁷ et surtout que leurs résultats sont loin de toujours signaler une neutralisation des exigences européennes ou une minimisation de leurs répercussions sur l'ordre juridique interne.

Bien qu'il n'ait constitué qu'une parenthèse, on en veut pour preuve l'arrêt *Lamblin*¹²⁸, par lequel le Conseil d'Etat avait procédé à relecture de l'article L 122-12 du Code du travail, conformément à la directive 77/187 telle qu'interprétée par la Cour de justice dans l'arrêt *Mayeur*¹²⁹, et reconnu en conséquence l'applicabilité, jusque là écartée¹³⁰, de l'obligation

départementales et centrale d'aide sociale, que l'invocation du principe d'indépendance en tant que « principe général applicable à la fonction de juger » et l'interprétation à la lumière du principe d'impartialité ont permis en définitive de préserver, du moins jusqu'aux décisions du Conseil constitutionnel 2010-110 QPC du 25 mars 2011 et 2012-250 QPC du 8 juin 2012, des dispositions législatives, dont l'application s'est seulement trouvée modelée dans le cadre du contrôle de conventionnalité.

¹²⁷ Confirmant la promotion de l'interprétation conforme (au sens d'interprétation du droit national effectuée à la lumière du droit de l'Union), en cas d'incompatibilité alléguée, v. notamment CJCE, Gde Ch., 24 janv. 2012, *Maribel Dominguez*, aff. C-282/10.

¹²⁸ CE, Sect., 22 oct. 2004, n° 245154, *RFDA*, 2005, p. 187, concl. E. Glaser ; *AJDA*, 2004, p. 2153, chron. C. Landais et F. Lenica ; *Europe*, 2005, comm. 42, P. Cassia. V. également, G. Clamour, « Plaidoyer pour l'arrêt Lamblin », *RFDA*, 2005, p. 1205.

¹²⁹ CJCE, 26 sept. 2000, aff. C-175/99, Rec. p. I-7755, *Europe*, 2000, comm. 349, L. Idot.

¹³⁰ V. pour la jurisprudence administrative, CE, 23 oct. 1987, *Siguiet*, Leb. p. 324. En conséquence de l'arrêt *Mayeur*, le juge judiciaire avait dès avant

de maintien des contrats de travail des salariés qui y est énoncée au cas où l'activité assurée par un organisme de droit privé se voit reprise sous la forme d'un service public administratif par une personne publique. Car non seulement l'extension de ce principe de continuité des contrats s'est alors vu offrir un fondement plus large que l'article 9 de la loi 2001-2 du 3 janvier 2001, relative à la résorption de l'emploi précaire et à la modernisation du recrutement dans la fonction publique, mais la Section du contentieux en avait déduit deux obligations alternatives à la charge de la personne publique cessionnaire, l'autorisant par la seconde à maintenir les contrats de droit privé des salariés recrutés en application de l'article L 122-12 du Code du travail. C'était introduire une dérogation au principe simplificateur, posé par la jurisprudence *Berkani*, de soumission au droit public de tous les agents employés par une personne publique dans le cadre d'un service public administratif. Aussi la loi du 26 juillet 2005 y a-t-elle mis fin, en même temps qu'elle a remédié au caractère trop restrictif de la réponse apportée à la jurisprudence *Mayeur* par la loi du 3 janvier 2001¹³¹ (de sorte que l'effet supplétif de la jurisprudence *Lamblin* à cet égard n'aura été que transitoire). Il reste que si la jurisprudence administrative peut s'exposer à de tels recadrages, c'est bien parce qu'elle est susceptible de se situer, en matière de réception des normes européennes, dans un rapport tant d'amplification que d'anticipation à l'égard de l'intervention du législateur ou du pouvoir réglementaire national.

modifié sa propre jurisprudence (V. Cass. Soc., 25 juin 2002, *Association pour la garantie des salaires de Paris*, *AJDA* 2002, p. 695, note S. Pugeault et Cass. Soc. 14 janvier 2003, *Commune de Théoule-dur-Mer*, *D.* 2003, somm. P. 1662, obs. F. Debord).

¹³¹ J.-M. Lemoyne de Forges, « La loi de transposition du droit communautaire à la fonction publique », préc., spéc. p. 2289.

Pour terminer, on voudrait donc en proposer quelques exemples, qui, à défaut de pouvoir être développés dans les limites de la présente contribution, ont le mérite de leur diversité.

Dans le domaine de la justice administrative, les arrêts du Conseil d'Etat *Leniau*¹³² et surtout *Magiera*¹³³ se signalent ainsi doublement, à la fois par la réception des interprétations de la Cour européenne des droits de l'homme et par leur portée intrinsèque au regard de celle des textes règlementaires qui sont venus les prolonger¹³⁴. Suite aux arrêts *Kress* et *ADPB c/ France*¹³⁵ qui avaient fait de la note en délibéré une condition essentielle de respect du contradictoire, à défaut de droit de réplique orale aux conclusions du Commissaire du gouvernement, l'arrêt *Leniau* s'est employé à en définir le régime¹³⁶, avant que le décret 2005- 1586 du 19 décembre 2005

¹³² CE, 12 juil. 2002, *Leniau*, *RFDA*, 2002, p. 1013, concl. D. Piveteau ; *JCP G* 2002, I 190, n° 31, obs. C. Boiteau.

¹³³ CE, Ass., 28 juin 2002, *Magiera*, *Leb.* p. 248 ; *RFDA*, 2002, p. 756, concl. F. Lamy ; *RFDA*, 2003, p. 85, note J. Andriantsimbazovina ; *AJDA*, 2002, p. 596, chron. F. Donnat et D. Casas ; *JCP G* 2002, I-169, obs. A. Ondoua.

¹³⁴ Sur le sujet, v. F. Sudre, « A propos du dialogue des juges et du contrôle de conventionnalité », in *Mélanges Gautron*, Pedone, 2004, pp. 207-224, spéc. pp. 213-215 et F. Sudre, « Du dialogue des juges à l'euro-compatibilité... », in *Mélanges Genevois*, Dalloz, 2010, pp. 1015-1031, spéc. pp. 1026-1027.

¹³⁵ Cour EDH, Gde Ch., 7 juin 2001, *Kress c/ France*, n° 39594/98 ; *RDP*, 2001, p. 983, obs. X. Prétot ; *AJDA*, 2001, p. 675, note F. Rolin ; *RFDA*, 2001, p. 991, obs. B. Genevois ; *RFDA*, 2001, p. 1000, obs. J.-L. Autin et F. Sudre ; *RTDH*, 2002, p. 223, note L. Sermet ; *RTDE*, 2001, p. 727, note F. Benoit-Rohmer et Cour EDH, 21 mars 2002, *ADBP c/ France*, n° 38436/97, § 27 ; *JCP G* 2002, I 157, n° 11, chron. F. Sudre.

¹³⁶ L'arrêt fait ainsi obligation de réouvrir l'instruction afin de soumettre ladite note au débat contradictoire quand l'une des parties fait état d'une circonstance de fait nouvelle que le juge ne peut ignorer ou d'une circonstance de droit nouvelle qu'il devrait relever d'office

en codifie la pratique dans une disposition toute de concision¹³⁷. Concernant la responsabilité de l'Etat pour fonctionnement défectueux de la justice et infléchissant la jurisprudence *Darmont*¹³⁸, pour admettre que la méconnaissance du droit à un délai raisonnable de jugement ouvre droit à réparation, l'arrêt *Magiera*, de son côté, a apporté une forme de réponse, à tous égards première, à la jurisprudence européenne qui non seulement avait déjà plusieurs fois dénoncé l'ineffectivité du recours indemnitaire pour faute lourde¹³⁹ mais qui avait par surcroît fait obligation aux Etats parties de garantir aux justiciables une voie de droit leur permettant de se plaindre utilement de la durée des procédures juridictionnelles¹⁴⁰. Postérieur, le décret 2005-911 du 28 juillet 2005 a alors voulu éviter que de telles demandes se heurtent elles-mêmes à de trop longs délais, en attribuant compétence au Conseil d'Etat, en premier et dernier ressort, pour connaître des « actions en responsabilité dirigées contre l'Etat pour durée excessive de la procédure devant la juridiction administrative » (art. R. 311-1, 7° du CJA). Mais si l'organisation du contentieux assure ainsi d'une certaine célérité, en évitant au requérant de devoir en passer le cas échéant par trois degrés de juridictions, c'est

¹³⁷ L'article R 731-5 du CJA qui en est issu dispose en effet seulement que « Postérieurement au prononcé des conclusions du commissaire du gouvernement, toute partie à l'instance peut adresser au président de la formation de jugement une note en délibéré ». L'enjeu est toutefois relativisé par le décret 2009-14 du 7 janvier 2009 (art. 1 6°), qui permet aux parties ou à leur mandataire de présenter de brèves observations orales après le prononcé des conclusions du rapporteur public (art. R. 732-1 CJA).

¹³⁸ CE Ass., 29 déc. 1978, Leb., p. 542, concl. Rougevin-Baville.

¹³⁹ Par ex., Cour EDH, 26 mars 2002, *Lutz / France*, req. 48215/99, § 20 ; *JCP*, G, 2002, I, 157, chron. F. Sudre.

¹⁴⁰ Cour EDH, Gde ch., 26 oct. 2000, *Kudla c/ Pologne*, *GACEDH*, 5ème éd°, PUF, 2011, n° 40.

d'évidence le régime de responsabilité défini par le juge administratif qui garantit en priorité l'effectivité du recours.

Dans le domaine de la fonction publique, c'est encore le juge administratif qui s'est d'abord saisi de la très perturbante jurisprudence communautaire interdisant de distinguer, en cas de prise en compte des activités professionnelles antérieures au sein de l'administration, selon qu'elles ont été exercées dans le service public de l'Etat d'accueil ou dans celui d'un autre Etat membre¹⁴¹. Mais son action ne s'est pas bornée à censurer sur ce fondement des décisions individuelles¹⁴². Une interprétation conforme a concurremment été faite de textes réglementaires relatifs à l'ancienneté ou au classement dans des corps déterminés¹⁴³, qui ont subsisté¹⁴⁴ après l'adoption des décrets

¹⁴¹ CJCE, 23 fév. 1994, *Scholz*, aff. C-419/92, Rec. p. I-505 ; CJCE, 15 janv. 1998, *Schöning* aff. C-15/96, Rec. p. 47, *RFDA*, 1998, p. 120, note L. Dubouis. Ce principe s'impose ainsi à quelque fins que soient pris en compte les services antérieurs, qu'il s'agisse de l'octroi de points supplémentaires dans le cadre d'un recrutement (*Scholz*), de classement dans une grille de rémunération (*Schöning*) ou encore de l'octroi d'une allocation d'ancienneté (CJCE, 12 mars 1998, *Commission c/ Grèce*, aff. C-187/06, Rec. p. I-1095). Sur la réception conforme de cette jurisprudence, V.s upra B. Pastre-Belda, Partie II, chap. 1, spéc. p. 227.

¹⁴² Pour des refus de prise en compte des activités antérieures à fins de classement, v. par exemple TA Amiens, 2 avril 1996, *Vannineuse* (*AJFP* 1996/2, p. 17, *Dr. adm.* 1996, n° 384), TA Clermont 30 avril 1998, *M^{me} Dorothe Zehrer*, req. n° 961511, TA Lyon 3 février 1999, *M. Francisco José Martinez Mora*, req. n° 9703614 ; TA Amiens 22 juin 1999, *M. Anthony Short*, req. n° 931214 ; TA Toulouse 6 juillet 1999, *M^{me} Anne Brittain*, *AJFP* 2000-1, p. 16, TA Poitiers, 31 déc. 1999, *Holdering*, *AJFP* 2000/4, p. 29 et dans le cadre du recrutement, CE, 18 oct. 2002, *Spaggiari*, n°224804 ; *AJDA*, 2003, p.36 ; *AJFP*, 2003/2, p.12, note S. Slama.

¹⁴³ CE, 13 mars 2002, *Courbage*, n° 209938, *Europe*, 2002, comm. 181, P. Cassia; *Dr. adm.* 2002, n° 107 (interprétation conforme de l'article 4 du décret 85-465 du 26 avril 1985 concernant le classement des personnes nommées dans un corps d'enseignant-chercheur) ; CE, 9 juil. 2003, *Dorries*, n° 239085, T. Leb., *RTDE*, 2004, p. , chron. D. Ritleng (idem) ; CAA Nantes,

2002-1294 du 24 octobre 2002, 2003-673 du 22 juillet 2002 et 2004-448 du 4 mai 2004, fixant les modalités suivant lesquelles devaient être pris en considération les services accomplis dans d'autres Etats membres, en vue du classement des ressortissants européens dans les corps de fonctionnaire de l'Etat, dans les cadres d'emploi de la fonction publique territoriale et dans les cadres de la fonction publique hospitalière où ils auraient été nommés¹⁴⁵. En 2010, le Conseil d'Etat a ainsi été amené à poser, à propos d'une demande de reconstitution de carrière sur la base du décret 85-465, que « lorsque le statut d'un corps prévoit, pour le classement dans ce corps, la prise en compte de l'expérience

10 avr. 2004, *Trevor Harris*, n° 00NT00077, *RTDE*, 2003, p. , chron D. Ritleng (interprétation de l'article 3 du décret 51-1423 du 5 décembre 1951, relatif à la fixation des règles suivant lesquelles doit être déterminée l'ancienneté des personnes nommées dans certains corps de fonctionnaires relevant du ministère de l'éducation nationale).

¹⁴⁴ Le décret 51-1423, toujours en vigueur, a été modifié en dernier lieu le 17 septembre 2003 ; le décret 85-465 a été abrogé par le décret 2009-462 du 23 avril 2009 dont l'article 13 adapte, par rapport au décret 2002-1294, la procédure de classement des agents nommés dans un corps d'enseignant-chercheur, qui justifient de services accomplis dans un autre Etat membre.

¹⁴⁵ Au demeurant, l'entière compatibilité de ces textes avec le droit communautaire a pu être discutée en doctrine. Du point de vue du renvoi aux critères en vigueur dans l'Etat d'origine pour déterminer si la nature de l'expérience invoquée permet sa prise en considération et de la possibilité de faire éventuellement valoir les activités exercées sous régime de droit privé, leurs dispositions apparaissaient en effet en « parfaite conformité » avec les orientations fixées par la Commission européenne dans sa communication du 11 décembre 2002 (G. Alberton, « L'ouverture de la fonction publique française aux ressortissants communautaires », préc., spéc. p. 1213). En revanche, elles ne semblaient guère se concilier avec les principes développés par la Cour de justice, en faisant varier justement les modalités de classement du ressortissant européen selon la nature juridique de l'engagement qui le liait à son employeur d'origine (V. D. Jean-Pierre, *JCP A*, 2003, 1808). Quoiqu'il les ait abrogés et remplacés, le décret 2010-311 n'échappe pas aux mêmes critiques (V. Ch. Ferrari-Breur, *JCP A*, 2010, 2166).

professionnelle antérieure, de telles dispositions impliquent la prise en compte des services de même nature accomplis par les ressortissants d'un nouvel Etat membre, antérieurement à l'adhésion de cet Etat »¹⁴⁶ - se saisissant d'une question sur laquelle les textes nationaux sont muets.

Enfin, dans le domaine des contrats, un exemple supplémentaire peut être tiré du rôle du juge administratif dans la diffusion de la notion communautaire de prestation intégrée (« in house »), correspondant à la situation où une collectivité publique exerce sur son cocontractant, qui réalise l'essentiel de son activité avec elle, un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services. Certes, cette exception aux obligations de publicité et de mise en concurrence imposées par le droit dérivé ou les règles générales du traité¹⁴⁷ était, en tant que telle, de nature à susciter un certain engouement, indépendamment des effets du dialogue des juges et le législateur en est même venu, en définitive, à créer à destination

¹⁴⁶ CE, 15 nov. 2010, *André A.*, n° 332218, mentionné aux tables du recueil Lebon. En l'espèce, toutefois, il est jugé que ce principe n'implique pas de remettre en cause « un classement antérieur à l'adhésion, qui a été régi par des dispositions prévoyant, pour tous les agents nommés dans ce corps alors qu'ils avaient déjà la qualité de fonctionnaire titulaire, quelle que soit par ailleurs leur origine, la seule prise en compte du traitement dont ils bénéficiaient dans leur ancien corps » (s'agissant d'un ressortissant polonais, recruté dans l'enseignement supérieur français en qualité d'assistant puis de maître de conférences, qui demandait après l'entrée de son Etat de nationalité dans l'Union en 2004, la prise en compte d'une expérience professionnelle acquise en Pologne de 1974 à 1982).

¹⁴⁷ D'abord consacrée dans le cadre des directives 93/36, 95/50 et 93/37 relatives aux marchés publics de fournitures (CJCE, 18 nov. 1999, *Teckal*, C-107/98, Rec. p. I-8121), de services (CJCE, 11 janvier 2005, *Stadt Halle*, C-26/03, Rec. p. I-1, *JCP A* 2005, 1024) et de travaux (13 janv. 2005, *Commission c/ Espagne*), elle s'est en effet étendue aux concessions de service (CJCE, 13 oct. 2005, *Parking Brixen GmbH*, Rec. p. I-8585 ; *JCP A* 2005, 1364).

des collectivités locales, un nouvel outil d'intervention précisément conçu pour pouvoir en bénéficier¹⁴⁸. Dès avant, l'exception avait d'ailleurs été successivement introduite en droit des marchés publics (art. 3 1° du Code des Marchés publics¹⁴⁹ et art. 23 1° de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au Code des marchés publics), des concessions d'aménagement (Art. L 300-5 2° du Code de l'urbanisme issu de la loi du 20 juillet 2005), ainsi que des concessions de travaux (article 4, 11 et 13 de l'ordonnance 2009-864 du 15 juillet 2009) lors de leur « renaissance »¹⁵⁰. Il n'en est pas moins revenu au juge de statuer sur son application et de réceptionner à ce titre les développements de la jurisprudence communautaire concernant les conditions de contrôle analogue et d'activité dédiée¹⁵¹. Aussi a-t-il pu être

¹⁴⁸ Loi n° 2010-559 du 28 mai 2010 sur le développement des sociétés publiques locales, *AJDA*, 2010, p. 1759, comm. S. Nicinski ; *Contrats et Marchés publics*, 2010, comm. 235, G. Clamour ; *JCP A*, 2011, 2396, étude Ph. Terneyre

¹⁴⁹ Constatant par renvoi exprès à la jurisprudence *Teckal* la légalité, sur ce point, du décret 2001-210 du 7 mars 2001, v. CE, Ass., 5 mars 2003, *UNSPIC*, préc. et faisant application, sans le dire, des critères du « in house » avant son adoption v. CE, 27 janv. 2001, *CAMIF*, n° 218067.

¹⁵⁰ Ph. Cossalter, « La renaissance de la concession de travaux : un contrat ni souhaité, ni souhaitable », *AJDA*, 2009, p. 1882.

¹⁵¹ Ainsi l'application de l'exception « in house » a-t-elle été exclue dans le cas d'une concession d'aménagement conclue avec une société d'économie mixte que la commune détenait à 50% (CAA Paris, 14 janv. 2010, n° 08PA04104), en conformité avec la jurisprudence *Stadt Halle* selon laquelle « la participation fût-elle minoritaire d'une entreprise privée dans le capital d'une société à laquelle participe également le pouvoir adjudicateur exclut en tout état de cause que ce dernier puisse exercer sur cette société un contrôle analogue ». De même est-ce par référence expresse aux arrêts de la Cour de justice *Coditel Brabant* (CJCE, 13 nov. 2008, aff. C-324/07) et *Asemfo* (CJCE, 19 avr. 2007, aff. C-295/05), que cette juridiction a conclu à l'inverse

amené à faire bénéficier de la qualification « in house » d'autres types de contrats ou de relations contractuelles¹⁵², non sans devancer à l'occasion l'intervention des textes¹⁵³.

*

En conclusion, il est donc permis de soutenir qu'à travers la capacité du juge administratif à soutenir, susciter, réaliser l'adaptation du droit national, c'est le poids même du dialogue des juges dans l'eupéanisation qui se voit attesté. Il n'est cependant peut-être pas fortuit que sans s'y réduire, les

sur le contrat par lequel une commune avait confié à un OPAC la gestion d'une partie de son parc immobilier (CAA Paris, 30 juin 2009, *Ville de Paris* n° 07PA02380, Leb. T., *Contrats et Marchés publics*, 2009, comm. 306, W. Zimmer).

¹⁵² Pour l'assimilation en l'occurrence d'un bail emphytéotique à un contrat de quasi-régie (in house), v. CAA Paris, 30 juin 2009, préc. -, la question restant cependant ouverte de « savoir si une portée de principe peut être conférée à cette décision selon laquelle le principe du rattachement des établissements publics et de leur contrôle par d'autres personnes publiques créerait une forme de présomption (simple) du caractère in house de leurs relations » (W. Zimmer, préc.). Et pour une admission en l'espèce de la libre conclusion d'une convention constitutive d'un groupement d'intérêt public et confirmation, en principe, de la possibilité pour les collectivités publiques de créer un organisme *ad hoc* dont l'objet est de répondre à leurs besoins, sans être tenues, lorsqu'elles font appel à ses services, de le mettre en concurrence avec des opérateurs privés, pour autant que sont respectés les critères du « in house » (v. CE, 4 mars 2009, *Syndicat national des industries d'information de santé* n°300481, publié au recueil Lebon ; *AJDA* 2009, p. 891, note Dreyfus).

¹⁵³ Ainsi l'arrêt *Commune d'Aix-en-Provence* (CE, 6 avr. 2007, n° 284736, *RFDA*, 2007, p. 812 concl Seners ; *AJDA* 2007, p. 1020 chron. F. Lenica et J. Boucher ; *Contrats et Marchés publics*, 2007, comm. 191, obs. G. Eckert) peut-il, entre autres apports, être considéré comme ayant consacré l'extension de l'exception in house aux délégations de service public, avant qu'elle ne soit formellement insérée dans le code général des collectivités territoriales (article L 1411-12) et à l'article 41 de la loi Sapin n° 93-122 du 29 janvier 1993 par l'ordonnance 2009-864 du 15 juillet 2009 (article 17).

illustrations se cumulent souvent en définitive dans les domaines d'une part de l'accès et de l'égalité dans la fonction publique, d'autre part des régimes de passation des contrats. Car sur d'autres thèmes et dans d'autres champs, ses incidences peuvent se révéler plus atténuées.

SECTION II – DES CAS D'INCIDENCE ATTENUÉE EN TERMES DE MUTATION DU DROIT ADMINISTRATIF

Katarzyna BLAY-GRABARCZYK

Le dialogue des juges est souvent perçu comme aboutissant nécessairement à une européanisation du droit administratif. En effet, l'attention s'est plus naturellement portée sur les domaines ayant fait l'objet d'interprétations divergentes ou de conflits ainsi que sur les branches du droit administratif révélant l'incompatibilité des mesures nationales avec le droit européen. Le juge administratif s'alignant sur les interprétations émises par ses homologues européens, soutenu ou précédé parfois dans cette démarche par le pouvoir législatif ou réglementaire, le constat d'européanisation apparaît comme un résultat logique dudit dialogue.

Il paraît cependant pertinent de distinguer dans une certaine mesure, l'européanisation (comme résultat) de la recherche d'euro-compatibilité (comme méthode). Certes, les deux se font étroitement écho si l'européanisation se conçoit en termes d'imprégnation du droit administratif par les droits européens mais leur corrélation est susceptible de s'affaiblir si l'européanisation se comprend en termes de mutation des règles du droit administratif. A cet égard, l'analyse attentive des décisions et des arrêts rendus en la matière fait émerger deux cas de figure, où l'amplification du « réflexe européen », la prise en considération des jurisprudences de la Cour de justice

ou de la Cour européenne des droits de l'homme n'a finalement qu'une incidence atténuée sur l'état du droit administratif. En premier lieu, il s'avère que ce dernier, tel que fixé par des règles et des jurisprudences antérieures à l'intervention des juges de l'Union et de la Convention, peut être compatible, sinon convergent, avec les exigences européennes. Aussi leur incorporation dans la jurisprudence administrative a-t-elle un moindre effet. En second lieu, sur des points à propos desquels ce rapport de compatibilité a pu en revanche être mis en doute, il apparaît que l'application des sources européennes n'entraîne pourtant pas les bouleversements qu'on pouvait craindre ou attendre, dans le sens d'une remise en cause des principes fondamentaux qui sous-tendent le segment du droit administratif concerné. Selon le cas, on dira donc que le dialogue des juges soit vient révéler un état d'euro-compatibilité éventuellement préexistant (§ I), soit se traduit par une recherche d'euro-compatibilité modérément destabilisante (§II).

§ I – UN ETAT D'EURO-COMPATIBILITE DU DROIT ADMINISTRATIF EVENTUELLEMENT PREEXISTANT

Il est possible de constater l'existence d'un « état d'euro-compatibilité » lorsque l'économie des règles nationales, établie bien avant que les juges européens ne se soient prononcés, converge avec les solutions rendues par ces derniers (A). Cette convergence n'exclut pas la recherche d'euro-compatibilité du droit interne. Le juge administratif, interrogé sur la conformité du droit interne aux exigences européennes, manifeste le souci d'une telle conformité vis-à-vis de l'interprétation émise par ses homologues européens. Toutefois, cette confrontation se traduit au mieux par une sorte de modulation des interprétations nationales en fonctions des solutions rendues par la Cour de

justice ou la Cour EDH. Dans un tel cas de figure, l'état du droit n'est pas substantiellement modifié (B).

A – L'identification de logiques intrinsèquement compatibles ou convergentes

De la même manière que l'eupéanisation en tant que telle, le poids du dialogue des juges varie en fonction des matières. La question qui atteste particulièrement bien de cette relativité est celui des libertés publiques des agents publics (1). En effet, ces dernières, reconnues pour la plupart avant même l'adoption de la Convention EDH¹⁵⁴, relativisent d'emblée l'éventualité d'une mutation du statut des intéressés à cet égard. De même, l'impact des droits européens sur les polices administratives spéciales peut-il être en quelque sorte « sectorialisé », dans la mesure où le régime de certaines constitue un autre exemple révélateur d'une compatibilité originelle du droit administratif avec les exigences européennes (2).

1 – Les libertés publiques des fonctionnaires

Le droit européen, en particulier le droit européen des droits de l'homme, ne constitue qu'une source subsidiaire au regard des nombreux fondements existants en droit interne, textuels (constitutionnels ou législatifs) comme jurisprudentiels. A ce titre, les exemples du droit de grève, de la liberté d'association

¹⁵⁴D'une manière générale, le droit de la Convention européenne des droits de l'homme a plus d'impacte dans le domaine des libertés accordées aux agents publics dans la mesure où la jurisprudence communautaire ne concerne quasi-exclusivement que les agents de l'Union européenne (V. supra, F. Dupret, Partie I, chap. 1, spéc. p. 38). Aussi, le droit de l'Union ne sera sollicité sur ce point qu'à titre comparatif.

ou encore de la liberté d'expression et d'opinion apparaissent particulièrement significatifs. Plus précisément, ni le texte de la Convention européenne des droits de l'homme, ni la jurisprudence du juge de Strasbourg n'ont apporté pour le moment une plus-value matérielle dans ce domaine. Autrement dit, les textes européens ne garantissent aucune liberté aux agents publics qui n'aurait pas déjà fait l'objet d'une garantie en droit administratif français.

Ainsi, les libertés d'opinion et religieuses sont consacrées d'une manière générale par des dispositions à valeur constitutionnelle¹⁵⁵ alors que celles concernant les agents publics le sont par des dispositions législatives¹⁵⁶. Certes, les

¹⁵⁵ Les libertés d'opinion et de religion sont garanties par l'article 10 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (« *Nul ne doit être inquiété pour ses opinions, même religieuses, pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public établi par la Loi* »), par l'alinéa 5 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 (« *Nul ne peut être lésé, dans son travail ou son emploi, en raison de ses origines, de ses opinions ou de ses croyances* ») et par l'article 1^{er} de la Constitution qui proclame que « *la France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale. Elle assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion. Elle respecte toutes les croyances* ». Enfin, le Conseil constitutionnel a considéré que la liberté de conscience est un principe fondamental reconnu par les lois de la République (CC, 23 novembre 1977, n° 77-87 DC, *Liberté d'enseignement et de conscience*, Rec. p. 42).

¹⁵⁶ La loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, *JORF*, 14 juillet 1983, p. 2174, protège leur liberté de conscience dans son article 6 (« *la liberté d'opinion est garantie aux fonctionnaires. Aucune distinction directe ou indirecte ne peut être faite entre les fonctionnaires en raison de leurs opinions politiques, syndicales, philosophiques ou religieuses...* »). La liberté trouve ensuite sa concrétisation dans l'article 18 en vertu duquel « *il ne peut être fait état dans le dossier d'un fonctionnaire, de même que dans tout document*

agents publics sont soumis, en droit interne, à une obligation de neutralité¹⁵⁷ qui restreint leur liberté de manifester leurs convictions, et au-delà leur liberté d'expression pendant le service. Mais ils bénéficient également de garanties les protégeant du revers qui consisterait à tenir compte de l'exercice de ces différentes libertés lors de leur recrutement¹⁵⁸ ou le déroulement de leur carrière¹⁵⁹. De son côté, la Cour EDH a bien consacré un devoir de neutralité concernant par exemple les convictions religieuses des fonctionnaires, dans des arrêts portant sur des faits similaires à des affaires traitées par le juge interne. Tel qu'il est interprété par les organes de la Convention, l'article 9 CEDH laisse place en effet aux spécificités statutaires et de jurisprudence constante, « une personne peut, dans l'exercice de sa liberté de manifester sa religion, avoir à tenir compte de sa situation professionnelle ou contractuelle ». La Commission européenne des droits de l'homme a été la première à souligner que les restrictions

administratif, des opinions ou des activités politiques, syndicales, religieuses ou philosophiques de l'intéressé ».

Le Code de la défense consacre dans la partie IV relative au personnel militaire les garanties équivalentes successivement dans les articles L 4121-2 et L 4123-8.

¹⁵⁷ CE, 22 mars 1963, *Dpt. Seine c/ Dlle Lorée*, Rec. p. 193 (concernant l'interdiction des actes de prosélytisme de la part des agents pendant le service). Pour une illustration plus récente cf. CAA Lyon, 6 mai 1997, *Montagu*, req. n° 94LY01381.

¹⁵⁸ CE, 25 juillet 1939, *Dlle Beis*, Rec. p. 524 (concernant le refus de candidature d'une jeune femme au poste d'institutrice au seul motif que l'intéressée avait poursuivi ses études dans les établissements confessionnelles) ou CE, Ass., 28 mai 1954, *Barel*, Rec. p. 308 (concernant le refus d'inscrire un candidat au concours en se fondant uniquement sur ses opinions politiques).

¹⁵⁹ CE, 3 mars 1950, *Delle Jamet*, Rec. p. 247 (concernant le refus de titularisation d'une institutrice fondé sur sa fréquentation, dans le cadre privé, d'un groupe confessionnel).

imposées à cet égard aux agents publics, dans l'exercice de leurs fonctions étaient nécessaires au respect des obligations dont ces derniers devaient s'acquitter à l'égard de leur employeur et des administrés¹⁶⁰. Et dans cet ordre d'idée, des sanctions infligées à des agents se livrant à des actes de prosélytisme ont pu être considérées comme des atteintes justifiées à la liberté de religion¹⁶¹. Parallèlement, sur le terrain de l'article 10, la Cour juge tout aussi « *légitime pour l'Etat de soumettre ces derniers [les fonctionnaires], en raison de leur statut, à une obligation de réserve* »¹⁶² et admet donc que les restrictions permises à leur liberté d'expression soient plus amples que pour les salariés de droit privé¹⁶³.

¹⁶⁰ Com EDH, 3 décembre 1996, *Tuomo Konttinen c/ Finlande*, DR 87-B, p. 68, spéc. p. 75-76. La révocation d'un employé des chemins de fer n'est pas contraire à sa liberté religieuse dans la mesure où elle n'est pas fondée sur son appartenance à l'Eglise adventiste mais sur le défaut de respect de ses obligations professionnelles, en l'occurrence ses horaires de travail. V. aussi sur cette question CAA Paris, 31 mars 2009, *Marie-Henriette X.*, req. n° 08PA01648 où le juge administratif ne juge pas contraire à l'article 9 de la Convention EDH, les décisions d'exclusion temporaire de fonctions d'une employée de la Poste appartenant à une Eglise adventiste en raison de ses absences répétées et non autorisées le samedi.

¹⁶¹ CourEDH, 24 février 1998, *Larissis et al. c/ Grèce*, req. n° 23372/94 (concernant les sanctions à l'encontre des militaires s'étant livrés à des actes de prosélytisme vis-à-vis de leurs subordonnés) ou CourEDH, déc., 8 février 2001, *Pitkivitch c/ Russie*, req. n° 47936/99 (concernant la révocation d'un juge incitant ses collègues et les usagers à se convertir pendant sa fonction).

¹⁶² CourEDH, 14 mars 2002, *De Diego Nafria c/ Espagne*, req. n° 46833/99, §37. Un même devoir de loyauté a également été reconnu par la Cour de justice s'agissant des agents de l'Union européenne. Il impose des limites raisonnables à l'exercice de la liberté d'expression dans l'intérêt du service : CJCE, 14 décembre 1966, *Alfieri c/ Parlement européen*, aff. 3/66, Rec. p.634.

¹⁶³ Cour EDH, 29 février 2000, *Fuentes Bobo c/ Espagne*, req. n° 39293/98 où la Cour condamne le licenciement d'un salarié d'une entreprise privée ayant critiqué ses employeurs (bien qu'il s'agissait de la télévision publique

De la même manière, le droit de grève a été reconnu par le juge administratif français bien avant et indépendamment des jurisprudences européennes. Tirant toutes les conséquences des dispositions du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946¹⁶⁴, alors même que le statut du 19 octobre 1946 en vigueur à l'époque ne prévoyait aucune disposition en la matière¹⁶⁵, la Haute juridiction administrative a franchi le cap, aux termes d'une interprétation particulièrement constructive, dans son arrêt *Dahaene*¹⁶⁶. Ce faisant, le juge administratif est apparu comme un véritable pionnier dans la mesure où le juge communautaire ne le reconnaîtra qu'en 1975¹⁶⁷, le juge constitutionnel qu'en 1979¹⁶⁸ et le juge européen des droits de l'homme qu'en 2007¹⁶⁹. Sa consécration tardive par la Cour européenne peut paraître surprenante, d'autant qu'à ses yeux,

espagnole) alors qu'elle a justifié la révocation d'un haut fonctionnaire ayant critiqué ses supérieurs hiérarchiques dans l'affaire *De Diego Nafira*, préc.

¹⁶⁴ Alinéa 7 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 prévoit que « le droit de grève s'exerce dans le cadre des lois qui le règlementent ».

¹⁶⁵ La loi n° 46-2294 du 19 octobre 1946 relative au statut général des fonctionnaires ne reconnaît pas le droit de grève qui sera reconnu aux fonctionnaires dans l'article 10 la loi du 13 juillet 1983 préc.

¹⁶⁶ CE, Ass., 7 juillet 1950, *Dehaene*, Rec. p. 426.

¹⁶⁷ CJCE, 18 mars 1975, *Acton c/ Commission*, aff. 49/74, Rec. p. 383.

¹⁶⁸ CC, 25 juillet 1979, n° 79-105 DC, *Loi modifiant les dispositions de la loi n°74-696 du 7 août 1974 relatives à la continuité du service public de la radio et de la télévision en cas de cessation concertée du travail*, Rec. p. 33.

¹⁶⁹ Dans l'affaire *Unison c/ Royaume-Uni* (CourEDH, déc., 27 juin 2002, req. n° 53574/99, D. 2003, note J.-P. Marguénaud et J. Mouly) la Cour a précisé pour la première fois qu'une interdiction de faire grève peut s'analyser en une ingérence dans l'exercice des droits garantis par l'article 11. Puis, de manière beaucoup plus forte, elle a affirmé dans l'affaire *Satilmis (Dilek) et al. c/ Turquie* (CourEDH, 17 juillet 2007, req. n°74611/01) que le droit de grève « représente sans nul doute l'un des plus importants droits syndicaux » (§ 68).

l'article 11 ne consacre pas formellement l'existence du droit de grève (ce dernier étant en effet reconnu en tant que composante de la liberté syndicale¹⁷⁰).

La liberté syndicale, garantie aux fonctionnaires depuis la IV^e République¹⁷¹, figure quant à elle aujourd'hui à l'article 8 de la loi du 13 juillet 1983 (*préc.*)¹⁷², avec des exceptions puisque le législateur a refusé son exercice à certaines catégories de fonctionnaires comme les préfets¹⁷³, les sous-préfets¹⁷⁴ ou encore les militaires¹⁷⁵. Cependant, ce sont précisément des catégories d'agents (« membres des forces armées ou de l'administration de l'Etat ») à l'égard desquelles des restrictions sont expressément permises par l'article 11§2 de la Convention.

Bien plus, le droit national s'accommode parfaitement de tous les éléments que l'arrêt *Demir et Baykara c/ Turquie* a fait apparaître comme consubstantiel à la liberté syndicale protégée par l'article 11 CEDH : droit de fonder et de s'affilier à un syndicat, interdiction des accords de monopole syndical, droit

¹⁷⁰ Cf. CourEDH, 17 juillet 2008, *Urcan et al. c/ Turquie*, req. n° 23018/04 ou CourEDH, 15 septembre 2009, *Saim Özman c/ Turquie*, req. n° 22943/04.

¹⁷¹ L'alinéa 6 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 proclame que « tout homme peut défendre ses droits et ses intérêts par l'action syndicale et adhérer au syndicat de son choix ». Puis, l'article 6 de la loi du 19 octobre 1946 *préc.* reconnaissait le droit syndical aux fonctionnaires et prévoyait la possibilité pour les syndicats d'ester en justice.

¹⁷² L'article 8 de la loi du 13 juillet 1983 *préc.* prévoit que « le droit syndical est garanti aux fonctionnaires ».

¹⁷³ L'article 15 du décret n° 64-805 du 29 juillet 1964 fixant les dispositions réglementaires applicables aux préfets, *JORF* 5 août 1964, p.7156.

¹⁷⁴ L'article 18 du décret n°64-260 du 14 mars 1964 relatif au statut des sous-préfets, *JORF* 21 mars 1964, p. 2620.

¹⁷⁵ L'article L 4121-4 du Code de la défense.

pour le syndicat de chercher à persuader l'employeur d'écouter ce qu'il a à dire et désormais (puisque là est l'apport spécifique de cette jurisprudence), droit de mener des négociations collectives dont, pour la Cour EDH, les fonctionnaires doivent bénéficier comme tout autre travailleur¹⁷⁶. Sur ce dernier point, en effet, l'article 9 de la loi du 13 juillet 1983 prévoit que les délégués siégeant dans les organisations consultatives participent à l'élaboration des règles statutaires et à l'examen des décisions individuelles relatives à leur carrière, tandis que l'article 8 reconnaît plus largement aux organisations syndicales de fonctionnaires « qualité pour conduire au niveau national des négociations préalables à la détermination de l'évolution des rémunérations et pour débattre des questions relatives à l'organisation du travail », donnant ainsi un fondement à la politique de concertation qui s'est développée depuis 1946. L'intervention de la jurisprudence *Demir et Baykara* n'implique pas donc pas une évolution du droit français de la fonction publique, qui l'a au contraire précédée sur ce terrain et qui s'est d'ailleurs modernisé indépendamment des exigences européennes¹⁷⁷. En fait, la pluralité des instances de

¹⁷⁶ CourEDH, GC, 12 novembre 2008 *Demir et Baykara c/Turquie*, req. n° 34503/97, § 154, *JCP G* 2009, II, 10018, comm. F. Sudre : « le droit de mener des négociations collectives avec l'employeur est, en principe, devenu l'un des éléments essentiels du "droit de fonder avec d'autres des syndicats et de s'affilier à des syndicats pour la défense de ses intérêts" énoncé à l'article 11 de la Convention, étant entendu que les Etats demeurent libres d'organiser leur système de manière à reconnaître, le cas échéant, un statut spécial aux syndicats représentatifs ».

¹⁷⁷ La loi n° 2010-751 du 5 juillet 2010 relative à la rénovation du dialogue social et comportant diverses dispositions relatives à la fonction publique, (*JORF*, 6 juillet 2010, p. 12224), qui définit par thèmes l'objet de négociation (article 8 bis –I nouveau de la loi du 13 juillet 1983) et détermine les syndicats susceptibles d'y participer (article 8 bis-III nouveau de la loi du 13 juillet 1983), permet de mener des « concertations » avec les

concertation (Conseil supérieur de la fonction publique, comités techniques paritaires, commissions administratives paritaires) est même un élément qui a pu jouer dans le contrôle, au regard des exigences de la Convention, de l'ancienne¹⁷⁸ règle en vertu de laquelle seules les organisations syndicales représentatives de l'ensemble des personnels des trois fonctions publiques étaient dispensées de faire la preuve de leur représentativité pour présenter des listes de candidats au premier tour des élections des représentants du personnel au sein des Commissions administratives paritaires (les autres organisations syndicales devant pour leur part satisfaire aux critères énoncés par le Code de travail)¹⁷⁹. « La participation aux commissions administratives paritaires n'étant que l'une des modalités d'exercice de l'activité syndicale au sein de la fonction publique » française et la fédération syndicale requérante étant bien « en mesure d'être entendue par le Gouvernement et de défendre les intérêts de ses membres » de par sa présence au Conseil supérieur de la fonction publique d'Etat et sa participation à toutes les négociations engagées par le ministère, la Cour EDH a confirmé par décision d'irrecevabilité l'absence d'incompatibilité sur ce point avec la

à tous les niveaux pertinents de l'administration. V. sur ce point O. Dord, *Droit de la fonction publique*, PUF, coll. Thémis, 2012, 2^{ème} éd., p. 199 et s. et E. Marc et Y. Struillou, « La loi du 5 juillet 2010 relative à la rénovation du dialogue social dans la fonction publique : une mutation inachevée du système de relations professionnelles », *Droit administratif* novembre 2010, étude 20.

¹⁷⁸ La loi précitée du 5 juillet 2010 supprime la présomption de représentativité syndicale dans la mesure où peuvent désormais se présenter aux élections professionnelles, les organisations syndicales des fonctionnaires légalement constituées depuis au moins deux ans.

¹⁷⁹ CE, 30 décembre 1998, *Fédération syndicale unitaire*, req. n° 186405.

Convention¹⁸⁰ (de même que le Comité européen des droits sociaux a conclu à l'absence d'incompatibilité au regard de la Charte sociale européenne¹⁸¹).

Si certains auteurs ont pu souligner la place grandissante accordée aux droits et libertés des agents publics au détriment de leurs devoirs¹⁸², le mouvement de rapprochement avec le statut des citoyens ordinaires¹⁸³ ne saurait donc être imputé à la Convention européenne, dans la mesure où il a souvent devancé les développements de son interprétation. En fait, l'écho qui y est donné aux obligations spécifiques des fonctionnaires invite même à se demander si elle a contribué à l'amplifier.

2 – Les polices administratives spéciales

La police administrative, dont l'exercice révèle l'objectif de prévention et de sauvegarde de l'ordre public, constitue un exemple des influences contrastées des droits européens. De manière générale, il faut d'emblée souligner qu'en la matière, le principe même de pouvoirs exorbitants ne contrevient ni à la CEDH, ni au droit de l'Union mais se voit au contraire ménagé

¹⁸⁰ CourEDH, déc., 29 janvier 2002, *Fédération syndicale unitaire c/ France*, req. n° 49258/99.

¹⁸¹ CEDS, 7 septembre 2004, *Syndicat occitan de l'éducation c/ France*, récl. 23/2003.

¹⁸² M. Pochard, « Quel avenir pour la fonction publique ? », *AJDA* 2000, p. 17.

¹⁸³ Dans la conception classique remontant au début du XX^{ème} siècle, (notamment M. Leroy, *Les transformations de la puissance publique. Les syndicats de fonctionnaires*, Giard et Brière, 1907 ou L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, de Bocard, 1923, 2^{ème} ed., tome III) le fonctionnaire n'était pas considéré comme un citoyen ordinaire, mais comme une personne soumise à un ensemble de restrictions d'une ampleur variable en fonction des droits civils, politiques ou civiques.

par diverses dispositions, qui légitiment les restrictions susceptibles d'en résulter pour les libertés ou les droits fondamentaux garantis. Sur ces bases, l'exercice du pouvoir de police relève de la compétence des autorités nationales qui, bénéficiant d'une large marge d'appréciation en la matière, sont les plus aptes à décider des mesures à prendre¹⁸⁴. Il est vrai que cette compétence nationale va toutefois de pair avec un contrôle européen, tenant à la légitimité de l'objectif poursuivi ou encore à la nécessité et la proportionnalité des dispositions arrêtées en conséquence¹⁸⁵. Plus particulièrement, sur ce dernier point, l'action de police doit être limitée « *dans le temps, dans la portée et dans l'espace pour ne pas prendre la forme d'une interdiction générale et absolue sans rapport avec le danger en cause* »¹⁸⁶. Ainsi, l'exercice de la police des investissements étrangers¹⁸⁷ et celui des publications étrangères¹⁸⁸ ont respectivement subi les censures du juge communautaire et du juge européen des droits de l'homme, l'état du droit national ayant donc dû être modifié. Mais si dans les exemples précités, les juges européens ont sanctionné l'ampleur du pouvoir accordé à l'autorité de police sans encadrement suffisant de son

¹⁸⁴ CJCE, 14 octobre 2004, *Omega Spielhallen*, aff. C-36/02, Rec. p. I-9609, pt. 31.

¹⁸⁵ V. sur ce point V. Tchen, « L'impact du droit communautaire sur la police administrative », in J. Dutheil de la Rochère et J.-B. Auby (dir.), *Droit administratif européen*, Bruylant, 2007, pp. 997-1016. L'auteur note que « ces exigences [auxquelles le droit communautaire soumet les actions de police interne et qui sont assez comparables à celles se dégageant de la jurisprudence européenne des droits de l'homme] ne sont nullement inédites. Traditionnellement imposées par le juge administratif, elles ne sont donc pas de nature à bouleverser la notion de police administrative » (spéc. p. 1003).

¹⁸⁶ *Ibid.*, p. 1007.

¹⁸⁷ CJCE, 14 mars 2000, *Association Eglise de Scientologie*, aff. C-54/99, Rec. p. I-1335. Cf. *supra* Partie 1, Chapitre 1, Section 1.

¹⁸⁸ Cour EDH, 17 juillet 2001, *Association Ekin c/ France*, req. 39288/98.

exercice, ces critiques ne sauraient être généralisées. Les fondements ou les conditions d'exercice d'autres polices ne s'en trouvent pas nécessairement atteintes.

En premier lieu, certaines peuvent au contraire se voir confortées dans leur principe par les exigences conventionnelles. Ainsi la lutte contre les nuisances sonores représente un aspect assez classique de la police municipale, qui s'est illustré dès avant le développement d'une réglementation spécifique en matière de protection contre le bruit, source de pouvoirs de police spéciale. Or les exigences de la tranquillité publique comme des normes environnementales sont corroborées par les développements de la jurisprudence européenne des droits de l'homme en matière de « droit à un environnement sain et calme ». On sait en effet que dans la mesure où les Etats ont « fait l'économie d'un protocole additionnel à la Convention garantissant à chacun [un tel droit], les juges de Strasbourg ont peu à peu érigé un système de protection compensatoire, en détournant certains articles de la Convention »¹⁸⁹. Dans ce cadre, il a non seulement été admis que les nuisances sonores sont susceptibles de soulever un problème au regard du droit au respect de la vie privée et familiale¹⁹⁰, puis du droit au respect du domicile¹⁹¹, mais jugé que les Etats avaient à ce titre diverses obligations positives

¹⁸⁹ M. Merino, « Protection de l'individu contre les nuisances environnementales... De la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme au système juridictionnel national de protection », *RTDH* 2006, p. 59.

¹⁹⁰ Cour EDH, 21 février 1990, *Powell et Rayner c/ Royaume-Uni*, A/172 (pas de constat de violation) ; Cour EDH, GC, 8 juillet 2003, *Hatton c/ Royaume-Uni*, req. n° 36022/97.

¹⁹¹ Cour EDH, 16 novembre 2004, *Moreno Gomez c/ Espagne*, req. n° 4143/02, *JCP G* 2005, I, 103, obs. F. Sudre ; Cour EDH, 9 novembre 2010, *Deés c/ Hongrie*, req. n° 2345/06.

(notamment de faire respecter leur propre réglementation en matière de bruit¹⁹²). C'est dire que si l'Etat a en « *en principe le choix des moyens à employer* »¹⁹³ pour s'acquitter de son obligation de prendre dûment en considération les intérêts particuliers dont il doit assurer le respect en vertu de l'article 8, l'institution et l'utilisation de pouvoirs de police peut dans certaines circonstances s'imposer. A cet égard, il ne saurait être exclu que les exigences conventionnelles représentent en même temps une contrainte. Mais on observera que le juge administratif a lui-même déjà pu, sur le seul fondement du droit national et indépendamment de toute influence européenne, sanctionner le non-usage par l'autorité compétente de ses prérogatives, dans le cadre du contentieux de la légalité¹⁹⁴ comme du contentieux de pleine juridiction¹⁹⁵ et décider de l'indemnisation des riverains proches d'installations aéroportuaires pour cause de nuisances sonores¹⁹⁶.

En second lieu, des polices spéciales, qui à l'inverse peut-être de la précédente sont sources de restrictions à libertés protégées par la Convention, peuvent néanmoins se justifier au regard des exigences européennes.

On prendra d'abord l'exemple de la police du cinéma, telle qu'organisée par l'ordonnance du 3 juillet 1945, aujourd'hui

¹⁹² Cour EDH, *Moreno Gomez c/ Espagne*, préc.

¹⁹³ Cour EDH, GC, *Hatton*, préc.

¹⁹⁴ CAA Bordeaux, 11 juin 2002, *Dupré et Palach*, n°99BX01257.

¹⁹⁵ Dès 1970, le juge administratif avait en effet reconnu que l'inaction d'un maire pour faire respecter la tranquillité publique était susceptible d'engager sa responsabilité si elle est constitutive d'une faute lourde (CE, 21 juillet 1970, *Ville de Croisic*, Rec. p. 508). Plus récemment, il a également admis l'engagement d'une responsabilité sans faute (CE, 5 septembre 2001, *Commune du Val d'Isère*, req. n° 210976 ; CE, 28 novembre 2003, *Commune de Moissy Cramayel*, Rec. p. 464).

¹⁹⁶ CE, 6 février 1987, *Compagnie nationale Air France*, req. n° 36586.

codifié à l'article L. 211-2 du Code du cinéma et de l'image animé. En soi, en effet l'institution d'un régime de visas d'exploitation obligatoires délivrés par le ministre chargé de la culture pour les projections des films¹⁹⁷ n'a pas soulevé d'interrogations au regard du droit de la Convention dans la mesure où celui-ci admet aussi bien le système de visas de distribution¹⁹⁸ que celui de soumission des entreprises cinématographiques à un régime d'autorisation préalable¹⁹⁹.

Il est possible de citer ensuite le cas de la police des publications destinées à la jeunesse. En vertu de la loi du 16 juillet 1949²⁰⁰, le ministre de l'intérieur s'est vu reconnaître le pouvoir d'interdire de proposer, de donner ou de vendre à des mineurs les publications de toute nature qui présenteraient un danger pour la jeunesse en raison soit de leur caractère licencieux ou pornographique, soit d'une incitation au crime, à la violence, à la discrimination, à la haine raciale ou encore à l'usage, la détention et au trafic de stupéfiants. Une différence apparaît d'emblée avec le régime des publications étrangères, instauré par le décret-loi du 6 mars 1939 et censuré par la Cour, dans la mesure où, ici, les raisons susceptibles de justifier une mesure d'interdiction, qui n'empêche pas le livre d'être vendu aux adultes²⁰¹, sont énumérées dans la loi (même si elles restent

¹⁹⁷ Ordonnance n° 45-1464 du 3 juillet 1945 relative au visa obligatoire pour la représentation et l'exportation des films, *JORF* 4 juillet 1945, p. 4060.

¹⁹⁸ Cour EDH, 25 novembre 1995, *Wingrove c/ Royaume-Uni*, req. n° 17419/90, *RTDH* 1997, p. 713, note J.-M. Larralde.

¹⁹⁹ Cour EDH, 20 septembre 1994, *Otto-Preminger-Institut c/ Autriche*, A/295.

²⁰⁰ Loi n° 49-956 du 16 juillet 1949 sur les publications destinées à la jeunesse, *JORF* 19 juillet 1949, p. 7006, art. 14. En vertu de l'article 13, le ministre peut également soumettre à autorisation préalable l'importation des publications étrangères destinées à la jeunesse.

²⁰¹ E. Saulnier-Cassia, « La protection de la jeunesse : limite à la liberté d'expression », *RDJ* 2006, p. 414.

subjectives). En outre, elles en appellent à des considérations qui sont tenues pour pleinement légitimes, voire essentielles, dans la jurisprudence européenne des droits de l'homme et qui ouvrent à l'Etat une large marge d'appréciation (comme cela résulte de l'arrêt *Handyside c/ Royaume-Uni*²⁰² aux termes duquel la Cour EDH a admis l'existence de motifs pertinents et suffisants pour interdire la vente en Angleterre et ordonner la destruction de tous les exemplaires d'un ouvrage destiné prioritairement aux enfants et jeunes adolescents, jugé obscène par les juridictions britanniques). Aussi cette solution incite-t-elle d'autant plus à penser que, selon les termes initiaux du juge administratif, le pouvoir de police, reconnu au ministre de l'intérieur, entre dans le cadre des restrictions prévues à l'article 10§ 2 de la Convention²⁰³.

Evidemment, la compatibilité de principe des règles nationales avec l'esprit conventionnel, dans certains domaines du droit administratif, n'assure pas de la conventionnalité des applications qui en sont faites dans des situations individuelles. Les affinités de logique ne privent pas de tout objet le contrôle de conventionnalité. En revanche, elles tendent à circonscrire ses enjeux et ses répercussions sur l'état du droit national, de sorte que l'attention portée aux interprétations européennes va se traduire surtout par des modulations ponctuelles.

B – Les modulations ponctuelles induites par le contrôle de conventionnalité

²⁰² Cour EDH, 7 décembre 1976, *Handyside c/ Royaume-Uni*, A/24, GACEDH n° 7, spéc. § 52. La Cour considère que le décret ayant fondé la décision litigieuse des juridictions britanniques « avait pour but essentiel de protéger la morale des jeunes, finalité légitime selon l'article 10 par. 2 ».

²⁰³ CE, 19 janvier 1990, *Société française des revues*, req. n° 87314.

Si congruentes que puissent paraître, à la base, les logiques du droit national et du droit européen des droits de l'homme, des contestations demeurent possibles et en l'absence même de griefs fondés sur une violation alléguée de la Convention, le juge administratif peut intégrer à ses appréciations des éléments qui témoignent de la prise en compte des solutions européennes. Dans l'ensemble, le contrôle juridictionnel s'en trouve affiné, ou renforcé, ce qui contribue à recadrer les conditions d'intervention légitime de l'autorité administrative à l'égard de ses agents ou des administrés. Mais il ne s'ensuit pas une véritable redéfinition des règles gouvernant la matière considérée. Dans le prolongement du point précédent, le régime des libertés publiques des fonctionnaires en fournit une première illustration (1). Le même phénomène peut également être observé concernant certaines polices administratives spéciales (2).

1 – Les libertés accordées aux fonctionnaires

Le droit de la Convention EDH ne véhiculant pas en la matière de garanties différemment conçues, l'application de ses dispositions et la prise en compte de son interprétation confirment à l'occasion la réceptivité du juge administratif, son souci d'euro-compatibilité, sans que le droit administratif français en soit pour autant bouleversé.

Dans le domaine de la liberté de religion, le contentieux du port des signes religieux ostensibles par les agents publics constitue un exemple emblématique de l'impact limité de la réception de la jurisprudence européenne. Comme la circulaire

de 2004²⁰⁴ interdisant le port de tous signes religieux à tout agent de l'Education nationale, la jurisprudence administrative en la matière, attachée au devoir de neutralité²⁰⁵, semblait certes plus radicale que la position adoptée par la Cour EDH. En effet, s'agissant de l'interdiction du port des signes religieux de la part des agents publics²⁰⁶, la démarche du juge européen –

²⁰⁴ La circulaire n° 2004-084 du 18 mai 2004, *JORF*, 22 mai 2004 relative au respect du principe de laïcité et au port de signes ou de tenues manifestant une appartenance religieuse dans les écoles, collèges et les lycées publics, prévoit dans son point 2.3 que « *les agents contribuant au service public de l'éducation, quels que soient leur fonction et leur statut, sont soumis à un strict devoir de neutralité qui leur interdit le port de tout signe d'appartenance religieuse, même discret. Ils doivent également s'abstenir de toute attitude qui pourrait être interprétée comme une marque d'adhésion ou au contraire comme une critique à l'égard d'une croyance particulière. Ces règles sont connues et doivent être respectées* ».

²⁰⁵ CE, avis, 3 mai 2000, *Mlle Marteaux*, Rec. p. 169, *D.* 2000, p. 747, note G. Koubi où le Conseil d'Etat a précisé que « *si les agents du service de l'enseignement public bénéficient comme tous les autres agents publics de la liberté de conscience qui interdit toute discrimination dans l'accès aux fonctions comme dans le déroulement de la carrière qui serait fondée sur leur religion, le principe de laïcité fait obstacle à ce qu'ils disposent, dans le cadre du service public, du droit de manifester leurs croyances religieuses* ».

²⁰⁶ La même logique d'interprétation de la part du juge administratif se retrouve sur le terrain du port des signes religieux et du respect des convictions religieuses des usagers des services publics, en particulier ceux du service public de l'enseignement. La jurisprudence administratives initiale, plus nuancée (V. notamment : CE, 2 novembre 1992, *Kherouaa*, Rec. p. 389 ; CE, 14 mars 1994, *Dlle Ylmaz*, Rec. p. 129 ; CE, 20 mai 1996, *Ali*, Rec. p. 189, CE, 27 novembre 1996, *Ligue islamique du Nord*, Rec. p. 461) était parfaitement compatible avec l'esprit de la Convention EDH. Les interrogations ont pu être soulevées avec la loi n° 2004-228 du 15 mars 2004 (*JOFR*, 17 mars 2004, p. 5190) qui marque la fin de cette jurisprudence en encadrant, sur le fondement du principe de laïcité, le port des signes ou des tenus manifestant une appartenance religieuse dans les établissements scolaires. Le constat de conventionnalité du juge administratif (CE, 8

fondée sur la nature de leurs fonctions et la vulnérabilité du public auxquels ils étaient confrontés - apparaissait plus casuistique²⁰⁷. Ce décalage apparent, dans la rigueur de l'exigence de neutralité, doit cependant être relativisé. En conformité avec la logique de la jurisprudence européenne, le tribunal administratif de Paris a ainsi pu juger que le principe de neutralité « *trouve à s'appliquer avec une rigueur particulière dans les services publics dont les usagers sont dans un état de fragilité ou de dépendance* »²⁰⁸, tandis que dans une autre affaire, concernant à nouveau le port du voile, la Cour administrative de Lyon a déclaré devoir statuer sur la faute reprochée à l'agent en tenant compte de « *l'ensemble des circonstances de l'espèce, entre autres, de la nature et du degré de caractère ostentatoire de ce signe, de la nature des fonctions confiées à l'agent, ainsi que de l'exercice par lui soit de prérogatives de puissance publique soit de fonctions de représentation* »²⁰⁹. Ces deux espèces montrent cependant que si l'appréciation de l'obligation de neutralité est ajustée, si sa

octobre 2004, *Union française pour la cohésion nationale*, req. n° 269077 et 269704) a été avalisé par la Cour EDH dans plusieurs décisions d'irrecevabilité (notamment Cour EDH, déc., 30 juin 2009, *Aktas c/ France*, req. n° 45563/08 ou Cour EDH, déc., 30 juin 2009, *Ghazal c/ France*, req. n° 29134/08).

²⁰⁷ Cour EDH, déc., 15 février 2001, *Dalhab c/ Suisse*, req. n° 42393/98 où la Cour confirme l'interdiction faite à une enseignante d'école maternelle de porter le voile islamique en la considérant conforme à l'article 9 de la Convention EDH en raison de la spécificité de la fonction d'enseignant et la jeunesse des élèves de la requérante. Décision d'irrecevabilité confirmée par Cour EDH, déc., 24 janvier 2006, *Kurtulmus c/ Turquie*, req. n° 65500/01 ou Cour EDH, déc., 3 avril 2007, *Karaduman*, req. n° 41296/04.

²⁰⁸ TA Paris, 17 octobre 2002, *Ebrahimiam*, req. n° 01/01740/5 concernant le non renouvellement, suite à son refus d'ôter son voile islamique pendant le service, du contrat de travail d'une assistante sociale au sein d'un centre d'accueil et de soins hospitaliers..

²⁰⁹ CAA Lyon, 27 novembre 2003, *Mlle Ben Abdallah*, req. n° 03LY01392.

portée peut en conséquence être modulée, elle ne s'impose pas moins comme limite pérenne à la liberté de manifester sa religion.

Il en va de même de l'obligation de réserve face à la liberté d'expression, qui donne lieu à application de critères comparables par le juge administratif. Il faut dire que la prise en compte de la nature des fonctions assumées par l'agent, en l'occurrence, était loin d'être étrangère à son mode de raisonnement traditionnel. Dès lors, la réceptivité aux solutions européennes, quoiqu'elle puisse éventuellement se déceler, est d'un impact d'autant plus limité. Par exemple, la Cour administrative de Lyon²¹⁰ a validé la résiliation du contrat d'un professeur d'histoire dans une école privée en raison de propos outranciers et méprisants sur la communauté musulmane tenus dans un journal interne du collège. Le juge insiste, à l'instar du Tribunal administratif²¹¹, sur le fait que le texte a été destiné à être lu par les collégiens, ce qui correspond à la démarche de la Cour européenne dans l'affaire *Dalhab* précitée. Saisi, le juge européen a non seulement validé le raisonnement des juridictions administratives, en mettant l'accent sur les responsabilités particulières des enseignants, mais admis que leur obligation de réserve puisse jouer « *dans une certaine mesure, pour leurs activités en dehors de l'école* » et valoir « *a*

²¹⁰ CAA Lyon, 12 février 2002, *Seurot*, req. n° 99LY01181.

²¹¹ TA Dijon, 5 janvier 1999, n°97558. Le juge a notamment constaté que « *l'auteur affiche, en outre, des prises de position sans nuance, de caractère nettement polémique, sur des problèmes de société et des personnalités politiques ; que si leur auteur se défend d'avoir tenu des propos haineux et racistes (...), de tels propos, qui plus est exprimés dans une publication scolaire à l'adresse de la jeunesse, excèdent la liberté d'opinion reconnue aux fonctionnaires, portent atteinte au principe de neutralité de l'enseignement et, enfin, méconnaissent l'obligation de réserve* ».

fortiori pour leurs activités annexes au sein même de l'établissement scolaire où ils enseignent »²¹².

Enfin, les exceptions introduites en droit français à la liberté syndicale, concernant certains agents, n'ont pas davantage été remise en cause sous l'effet du dialogue des juges. Dans l'arrêt précité *Demir et Baykara*, la Cour européenne des droits de l'homme a certes répété que les restrictions permis par l'article 11§2 CEDH devaient s'interpréter strictement et précisé qu'elles ne sauraient « *porter atteinte à l'essence même du droit de s'organiser* »²¹³. Ce critère est suivi par le Conseil d'Etat qui dans un arrêt *Adefdromil*²¹⁴, concernant l'interdiction pour les militaires de se syndiquer et de faire grève, retient notamment que « *les dispositions (...) de l'article L. 4124-4 du Code de la défense [...] ne font en rien obstacle à ce que les militaires adhèrent à d'autres groupements que ceux qui ont pour objet la défense de leurs intérêts professionnels* ». Comme les préfets, ils ne sont donc pas entièrement privés du droit de s'organiser. Mais la conséquence est qu' « *eu égard [par ailleurs] aux exigences qui découlent de la discipline militaire et des contraintes inhérents à l'exercice de leur mission par les forces armées* », les dispositions litigieuses sont précisément tenues pour « *des restrictions légitimes au sens [des] stipulations de l'article 11* ». Sans doute, l'analyse n'a-t-elle pas été validée, à ce jour, par le juge européen des droits de l'homme. Cependant une

²¹² Cour EDH, déc., 18 mai 2004, *Seurot c/ France*, req. n° 57383/00.

²¹³ Cour EDH, GC, *Demir et Baykara c/Turquie*, préc., § 97. V. aussi dans le même sens : Cour EDH, 2 février 2006, *Tiim Haber Sen et Cinar c/Turquie*, req. n° 28602/95, § 35.

²¹⁴ CE, 11 décembre 2008, *Association de défense des droits de militaires (Adefdromil)*, req. n° 307405. V. précédemment sur le sujet, CE, 26 septembre 2007, *Rémy*, req. n° 263747 .

jurisprudence du Comité européen des droits sociaux, dont il est probable que la Cour de Strasbourg pourrait s'inspirer, converge avec la solution du juge administratif. Interrogé sur cette question, le Comité a en effet précisé que la Charte sociale européenne permet « *n'importe quelle limitation et même la suppression intégrale de la liberté syndicale des membres des forces armées* »²¹⁵. Le constat de conformité semble donc fort probable.

Ainsi le régime des différentes libertés accordées aux agents publics démontrent que ni l'attention portée aux solutions européennes, ni même leur évolution, ne sont porteuses de réelles modifications. Si le juge administratif peut, lorsque les circonstances de l'affaire s'y prêtent, se confronter aux exigences des articles 9,10 ou 11 de la Convention EDH, il serait démesuré d'en tirer la conclusion que le statut de la Fonction publique soit européenisé ou redéfini par le droit européen concernant les aspects évoqués. Un constat comparable peut être formulé dans le domaine des polices administratives spéciales.

2 – *Les polices administratives spéciales*

En la matière, le bilan montre que les autorités de police se trouvent rarement dessaisies de leurs pouvoirs sous l'influence des droits européens et le cas de la police des publications étrangères²¹⁶ reste finalement assez isolé. Pour l'essentiel, la vigilance accrue du juge administratif à l'égard des solutions européennes se traduit là encore par un resserrement du

²¹⁵ CEDS, 4 décembre 2000, *Fédération européenne du Personnel des Services Publics (EUROFEDOP) c/ France*, récl. 2/1999, § 28.

²¹⁶ CE, 9 juillet 1997, *Association Ekin*, req. n°050707. Cf. *supra*, G. Rusu, Partie II, Chap. 1. spéc. p. 190 et s.

contrôle exercé sur l'administration. Comme la démonstration en a déjà été faite²¹⁷, cet effet est très sensible dans le domaine de la police des étrangers. Mais il s'illustre également, quoiqu'à des degrés divers, dans les autres régimes sus-évoqués.

Concernant la police du cinéma, la prise en considération expresse des exigences de l'article 10 de la Convention n'a certes pas eu de conséquences significatives et n'a pas influencé l'exercice du pouvoir de police par le ministre, ni même le contrôle effectué par le juge administratif. Dès 1975, le Conseil d'Etat s'était dirigé vers un contrôle entier du refus d'autorisation préalable, contraignant ainsi le ministre à « *concilier les intérêts généraux dont il a la charge avec le respect dû aux libertés publiques et, notamment, à la liberté d'expression* »²¹⁸. Par la suite, en visant l'article 10 de la Convention EDH, il a étendu la même obligation aux décisions d'octroi des visas²¹⁹. Sans trop de surprise, son raisonnement a été entièrement validé par la Cour EDH²²⁰.

S'agissant de la police des publications destinées à la jeunesse, le contrôle du juge administratif sur les mesures d'interdiction a également pu commencer à varier en insensité, avant même que la Convention européenne des droits de l'homme ne soit invoquée ou mentionnée dans les visas, passant d'un contrôle restreint à un contrôle normal de la

²¹⁷ V. supra B. Pastre-Belda, Partie II, chap. 1, spéc. 248 et s.

²¹⁸ CE, Ass., 24 janvier 1975, *Société Rome-Paris Films*, req. n° 72868.

²¹⁹ CE, 30 juin 2000, *Association Promouvoir et Epx Mazaudier*, Rec. p. 265.

V aussi dans le même sens mais sur visas de seules dispositions internes : CE, 4 février 2004, *Association Promouvoir*, req. n° 261804.

²²⁰ Cour EDH, déc., 22 juin 2006, *V.D. et C. G. c/ France*, req. n° 68238/01.

qualification juridique des faits²²¹. Toutefois c'est après que le débat ait été directement placé dans le cadre des exceptions de l'article 10§ 2 que le Conseil d'Etat a étendu son examen à la proportionnalité de l'atteinte portée à la liberté d'expression²²², assimilant ainsi les exigences résultant de la jurisprudence européenne²²³. L'avancée pour autant n'a guère eu de conséquences concrètes et il faut donc convenir, sous réserve d'une éventuelle requête à Strasbourg, que « *l'influence de la Convention européenne des droits de l'homme [est restée] négligeable du fait même de la spécificité de la jurisprudence de la Cour EDH sur l'article 10* »²²⁴ et de la marge d'appréciation ouverte par l'arrêt *Handyside*.

Enfin, dans le domaine de la police du bruit, la réception des exigences de la jurisprudence européenne des droits de l'homme s'est également traduite par un renforcement du contrôle juridictionnel sur le non-usage des pouvoirs de police qui, à l'inverse de celui effectué sur leur exercice, était

²²¹ CE, Sect., 9 mai 1980, *Veyrier*, Leb. p. 221, D. 1980, p. 416, concl. B. Genevois.

²²² CE, 28 juillet 1995, *Association Alexandre*, req. n° 157565, LPA 11 octobre 1996, n° 123, p. 24, note E. Dreyer. En se prononçant sur la conventionnalité des mesures faisant l'objet de l'arrêté attaqué, le Conseil d'Etat ne s'est pas contenté d'indiquer, comme précédemment (CE, 19 janvier 1990, *Société française des revues*, préc.), que celles-ci entraient dans le champ d'application de l'article 10§ 2 CEDH. Il a jugé « *qu'il ne ressort pas des pièces du dossier que les interdictions prononcées par l'arrêté attaqué aient porté une atteinte disproportionnée à la liberté d'expression, eu égard au but poursuivi par cette mesure* ». V. également CE, 28 juillet 1995, *Association « Les Amis de Gaie France Magazine »*, req. n° 159879 ; CE, 13 septembre 2006, *Société DF Presse*, req. n° 287530.

²²³ S. Rabiller, « Droit administratif et Convention européenne des droits de l'homme », *JurisClasseur Administratif*, Fasc. 26, 2004, pt. 114.

²²⁴ E. Saulnier-Cassia, « La protection de la jeunesse : limite à la liberté d'expression », préc.

traditionnellement restreint. La prise en considération conjointe des implications de l'article 8 CEDH et du droit communautaire ont conduit le Commissaire du gouvernement à préconiser l'abandon de cette dissymétrie. Il a été suivi par le Conseil d'Etat, qui a accepté de se livrer à un contrôle de proportionnalité, en mettant en balance la nécessité de mettre en œuvre la police du bruit et les impératifs socio-économiques²²⁵. Comme dans l'arrêt de Grande chambre de la Cour européenne des droits de l'homme *Hatton c/ Royaume-Uni*, ceux-ci ont toutefois prévalu, légitimant en l'occurrence la non-interdiction des vols de nuit. Là encore, le principe d'une large marge nationale d'appréciation est donc de nature à atténuer les contraintes résultant, pour les autorités de police, de la soumission de leurs décisions à un contrôle juridictionnel entier. En outre, le fondement de la Convention EDH n'est pas un fondement privilégié et son influence demeure souvent indirecte. Ainsi, se prononçant sur le refus de la commission nationale du débat public d'en organiser un relatif au projet de la création d'une ligne TGV, le juge administratif, après avoir mentionné la Convention EDH dans les visas a fondé son raisonnement sur les dispositions du droit interne et l'article 6 de la Convention d'Aarhus du 28 juin 1998 sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement²²⁶.

²²⁵ CE, 26 octobre 2007, *Association de défense contre les nuisances aériennes*, req. n° 297301Cf. *supra*, Partie II, chapitre II, section II, §I.

²²⁶ CE, 28 mars 2011, *Collectif contre les nuisances du TGV de Chasseneuil-du-Poitou et de Migne-Auxances*, req. n° 330256.

En outre, parallèlement à la question du respect de la vie privée et du domicile abordée sous l'angle de l'article 8 de la Convention EDH, les exigences du procès équitable ont pu aussi interférer sur le contrôle du juge interne et ont conditionné le contrôle de proportionnalité de la sanction, infligée à une compagnie aérienne pour nuisance sonore par l'Autorité de

Dans certains domaines, le droit administratif apparaîtrait donc « euro-compatible », état que le dialogue des juges peut contribuer à révéler et à améliorer (par la diffusion d'un contrôle de proportionnalité conforme aux standards européens) mais qui n'appelle pas d'évolutions majeures. *A priori*, les données du problème sont différentes quand les logiques ne donnent pas le sentiment de converger mais paraissent susceptibles, au contraire, d'entrer en conflit. Pourtant, des exemples montrent que même dans cette configuration, la recherche d'euro-compatibilité peut n'être que modérément déstabilisante.

§ II - UNE RECHERCHE D'EURO-COMPATIBILITE MODEREMENT DESTABILISANTE

Dans certains cas, les rapports entre le droit français et les exigences européennes ont été majoritairement perçus en termes de confrontation, de sorte que les régimes du droit administratif concernés pouvaient paraître de prime abord compromis (en particulier si le juge administratif se faisait le relais des interprétations des Cours de Strasbourg et de Luxembourg). D'une part, des inconventionnalités « virtuelles » ou potentielles vis-à-vis de la Convention EDH ont été évoquées en doctrine dans le domaine du droit administratif des biens ou du droit des contrats, en raison des nombreuses prérogatives dont disposent l'Administration²²⁷.

contrôle des nuisances sonores aéroportuaires, qui est une AAI : CE, 18 décembre 2009, *Compagnie Blue-Line*, req. n°323460.

²²⁷ A titre d'exemple : E. Dubois, « Le droit français de l'expropriation, peut-il encore rester longtemps « inconventionnel » ? », *JCP A* 2003, n° 31, 28 juillet 2003, 1721 ou F. Bouyssou, « Respect du droit de propriété et du droit de l'urbanisme », *AJDA* 2003, p. 2135.

D'autre part, les principes véhiculés par le droit de l'Union semblaient devoir nécessairement entrer en conflit avec ceux du droit français comme dans le domaine de la Fonction publique ou celui du régime de propriété publique.

Si les doutes émis sur la conventionnalité de tels ou tels régimes ont pu laisser craindre une remise en cause des règles de fond, la réalité est beaucoup plus nuancée. Quelques exemples permettront ainsi d'illustrer l'idée que le dialogue des juges, voire la recherche d'euro-compatibilité, ne conduit pas automatiquement et nécessairement à une mutation du droit administratif - du fait soit de l'économie de la norme européenne (A) soit de son objet même (B).

A – Des perturbations limitées du fait de l'économie de la norme européenne

Le droit européen n'impose pas d'uniformisation absolue. Le droit interne peut ainsi conserver ses particularités, dans la mesure où les implications résultant d'un droit, d'un principe ou d'une interprétation dégagés par les juges européens (que l'on considère les facultés de restriction ou la nature des obligations) sont telles qu'elles peuvent s'accommoder des solutions nationales. L'application de l'article 1 Protocole 1 fournit des illustrations particulièrement éloquentes en la matière, tant il a peu conduit à un renversement des règles existantes dans le domaine du droit administratif des biens, de l'urbanisme ou des contrats. Or, ce constat ne s'explique pas seulement par les dysfonctionnements du dialogue des juges ou par les réticences du juge administratif²²⁸. Il est en effet nécessaire de considérer par ailleurs deux autres paramètres. D'une part, le contentieux strasbourgeois relatif à l'article 1 du

²²⁸ V. *supra*, L. Milano, Partie II, Chap. 2, spéc. p. 282..

Protocole 1 se concentre largement sur les questions indemnitaires et ne porte qu'accessoirement sur les prérogatives de l'administration (1). D'autre part, dans ce domaine, le juge européen reconnaît une marge d'appréciation très large aux autorités nationales, en particulier dans le cadre de la réglementation de l'usage des biens (2). Par ailleurs, à inverser la perspective pour partir d'une mutation enregistrée par le droit administratif, la « banalisation » des contrats à durée indéterminée au sein de la fonction publique est un sujet particulier, montrant l'éventuel décalage entre les impacts supposé et réel d'une norme européenne (3).

1– Le contentieux principalement indemnitaire de l'article 1 du Protocole 1

Certaines prérogatives dont jouit l'administration en droit français pouvaient soulever des interrogations quant à leur conventionnalité, notamment dans le domaine du droit de l'expropriation (a) et dans celui des contrats publics (b). Or, l'influence du droit européen n'a pas provoqué de modifications au point de remettre en cause les prérogatives de l'administration.

a) Dans le domaine du droit de l'expropriation

Les importantes prérogatives reconnues à l'administration lorsqu'elle recourt à des procédures d'expropriation ont soulevé des interrogations quant à leur conformité aux exigences de la jurisprudence européenne des droits de l'homme. Les membres de la doctrine se sont interrogés sur les théories des

expropriations²²⁹, notamment l'expropriation indirecte²³⁰, sur la protection de l'ouvrage public²³¹ ou encore sur les conditions d'exercice du droit de préemption²³².

La Cour EDH a délivré un satisfecit global en considérant que « *les procédures prévues par le droit interne offrent un remède suffisant pour assurer la protection du droit au respect des biens* »²³³. Elle reconnaît une marge d'appréciation aux Etats parties, notamment en ce qui concerne l'appréciation de l'intérêt général justifiant la procédure en cause. Ceci ne signifie pas que les affaires françaises aient déserté le prétoire strasbourgeois mais qu'elles se concentrent principalement sur la question du « juste équilibre » à respecter entre les intérêts en présence lorsqu'une procédure d'expropriation est mise en œuvre²³⁴, et notamment sur les modalités de fixation des indemnités dues. A ce titre, le juge européen exige que

²²⁹ R. Hostiou, « La Cour européenne des droits de l'homme et le contentieux de l'expropriation », *AJDA* 2007, p. 180.

²³⁰ R. Hostiou, « La Cour européenne des droits de l'homme condamne la théorie de l'expropriation indirecte », *AJDA* 2006, p. 225

²³¹ Ch. Boutayeb, « L'expropriation, la protection de l'ouvrage public et la CEDH : une influence européenne au déploiement inégal », *JCP A* 2008, n° 24, 9 juin 2008, 2146.

²³² R. Hostiou, « Réserves foncières et conventionnalité du droit de préemption », *AJDA* 2010 p. 1098.

²³³ CourEDH, 26 mars 1996, *Phocas c/ France*, req. n° 17869/91, § 60, *AJDA* 1996, p. 1005, chron. J-F. Flauss.

²³⁴ CourEDH, 11 avr 2002, *Lallement c. France*, req. n° 46044/99, *RDP* 2003, p. 718, obs. H. Surrel (indemnisation versée à un exploitant agricole victime d'une expropriation partielle dans le but de permettre un aménagement routier qui n'est pas « *raisonnable en rapport avec la valeur du bien puisqu'elle ne couvre pas (...) la perte de son outil de travail* ») ou CourEDH, 2 juillet 2002, *Motais c. France*, req. n° 48161/99, *AJDA* 2002, p. 1226, note R. Hostiou (le maintien en réserve foncière du bien alors que sa valeur a considérablement augmenté au cours de 19 années suivant l'expropriation).

l'indemnisation intervient dans un délai raisonnable²³⁵, couvre la totalité du préjudice subi²³⁶, soit en rapport avec la valeur du bien²³⁷ ou encore fixée dans le cadre d'une procédure respectueuse du principe de l'égalité des armes²³⁸. Ce n'est donc pas l'ensemble du droit de l'expropriation qui a été remis en cause mais quelques points précis et la conséquence a surtout été une « relecture » des modalités d'indemnisation ou une vigilance accrue du juge administratif quant au suivi de l'opération d'expropriation²³⁹. Autrement, il censurait déjà les opérations déraisonnables et franchement excessives²⁴⁰. Certes, la question pourrait se poser de savoir si le « caractère déraisonnable » de l'opération correspond au « juste équilibre » exigé par la Cour EDH lorsqu'elle contrôle l'adéquation entre le but légitime d'une opération d'utilité publique et les moyens

²³⁵ CourEDH, 21 février 1997, *Guillemin c/France*, req. n° 19632/92, *AJDA* 1997, p. 399, note R. Hostiou.

²³⁶ CourEDH, *Lallement*, préc.

²³⁷ CourEDH, *Motais*, préc.

²³⁸ CourEDH, 24 avril 2003, *Yvon c/ France*, req. n° 44962/98, *D.* 2003, p. 2456, note R. Hostiou.

²³⁹ CE, 2 juillet 2001, *Commune de la Courneuve*, req. n° 211231, *RFDA* 2001, p. 1236, note R. Hostiou (la modification des caractéristiques essentielles d'une opération déclarée d'utilité publique par une décision ultérieure relative à la réalisation effective des travaux est susceptible de constituer une violation de l'acte par lequel cette opération a été déclarée d'utilité publique); CE, 3 juillet 2002, *Commune de Beauregard-de-Terrasson*, req. n° 245236 (référé dirigé contre la décision autorisant la réalisation des travaux modifiant le projet initial sans le recours préalable à une déclaration d'utilité publique partielle).

²⁴⁰ CE, Ass., 20 octobre 1972, *SCI Sainte-Marie de l'Assomption*, Rec. p. 657. Dans cette décision, le juge a précisé qu'« une opération ne peut légalement être déclarée d'utilité publique que si les atteintes à la propriété privée, le coût financier et éventuellement les inconvénients d'ordre social ou l'atteinte à d'autres intérêts publics qu'elle comporte ne sont pas excessifs eu égard à l'intérêt qu'elle présente ». V. aussi CE, Ass., 22 février 1974, *Adam*, Rec. p. 145.

employés²⁴¹ mais les interrogations qui subsistent concernent surtout le droit de préemption ou les procédures d'alignement.

Donnant la priorité d'acquisition d'un bien aux communes dotées d'un plan local d'urbanisme, d'un plan d'occupation des sols ou d'une carte communale, le droit de préemption en effet pourrait ne pas satisfaire aux exigences de l'indemnisation posées par la jurisprudence européenne en raison des conditions draconiennes existantes en droit interne. La Cour européenne n'ayant pas été amenée à se prononcer, le juge administratif n'est intervenu que pour imposer principalement la garantie minimale d'une motivation circonstanciée et concomitante de la décision de préempter et pour encadrer la revente des biens préemptés. La jurisprudence *Bour*²⁴² a ainsi interdit de revendre le bien préempté et obligé de proposer le bien préempté au même prix à l'acquéreur, puis au vendeur, sans l'enrichissement sans cause.

Par ailleurs, les procédures d'alignement prévues par l'article L. 112-3 du Code de la voirie routière, prévoyant la possibilité pour l'Etat et les collectivités territoriales d'élargir ou d'aménager les voies publiques au détriment des propriétés riveraines, ont fait l'objet de questionnement quant à leur

²⁴¹ Selon M. Guyomar (« Le droit au respect des biens au sens de la CEDH ne déstabilise pas le droit administratif des biens », *AJDA* 2003, p. 2144), le contrôle du juge de l'excès de pouvoir sur l'utilité publique d'une opération (« contrôle de bilan » depuis la jurisprudence CE, Ass., 28 mai 1971, *Ville Nouvelle Est*, Rec. p. 409) absorbe le contrôle du respect de l'article 1^{er} du premier protocole. Selon l'auteur, le juge administratif procède « à l'examen concret de l'utilité publique qui n'est reconnue que si les inconvénients que comporte l'opération projetée au nombre desquels figurent les atteintes à la propriété ne sont pas excessifs eu égard à l'intérêt qu'elle présente ». A ses yeux, ce contrôle rejoint la notion de « juste équilibre ».

²⁴² CE, 26 février 2003, req. n° 231558, *AJDA* 2003, p. 729, chron. F. Donnat et D. Casas.

conventionnalité. Si celles-ci contiennent des immeubles clos ou bâtis, la procédure aboutit à terme à une expropriation dont l'indemnisation pourrait soulever des interrogations au regard du droit de la Convention EDH²⁴³.

En l'absence de jurisprudence européenne en la matière, la réponse est certes spéculative, mais la comparaison opérée avec le droit de l'expropriation laisse à penser que ces procédures ne seraient pas considérées en soi inconventionnelles, la jurisprudence européenne ne modifiant que ponctuellement l'état de droit existant.

b) Dans le domaine des contrats publics

Globalement, il est possible de constater que le droit des contrats publics a été conforté par le droit européen des droits de l'homme dans la mesure où la Cour EDH n'a jamais remis en cause ces spécificités.

Tout d'abord, la question de l'applicabilité de l'article 1 du Protocole 1 n'a pas soulevé de difficultés particulières. Elle a en effet été admise dans le domaine des marchés publics aussi bien par le juge européen²⁴⁴ que par le national²⁴⁵.

²⁴³ Cf. N. Foulquier, « La procédure d'alignement à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme », *JCP A* 2006, n° 51, 18 décembre 2006, 1311.

²⁴⁴ CourEDH, 11 décembre 2003, *Karahalios c/ Grèce*, req. n° 62503/00 (requête relative au non paiement du solde pour les travaux effectués dans le cadre d'un marché public).

²⁴⁵ L'applicabilité admise initialement par le juge du fond (CAA Paris, 21 juin 2001, *Société Sud parisienne de construction*, req. n° 98PA02305 ; CAA Paris, 8 juin 2004, *SA Quillery*, n° 00PA01043), elle a été validée par la Haute juridiction administrative : CE, 5 juillet 2004, *Société Sud parisienne de construction*, Rec. p. 291 ; CE, 13 octobre 2004, *Société générale des entreprises Quillery bâtiment*, req. n° 248319.

Ensuite, aux yeux du juge européen des droits de l'homme, l'intérêt général peut constituer un motif valable justifiant l'utilisation par l'administration de son pouvoir de résiliation ou de modification unilatérale du contrat²⁴⁶. Le juge européen accepte les prérogatives exorbitantes de l'administration à condition que leur usage soit objectivement motivé et qu'il s'accompagne d'une compensation, ce qui est conforme au droit français²⁴⁷.

En définitive, « *contrairement à ce que l'on aurait pu craindre au vu des relations tumultueuses existantes entre un droit européen fondé sur une tradition individualiste et un droit*

Dans la décision *Société Sud parisienne de construction*, le juge administratif a reconnu que « *les créances constituées par les intérêts moratoires échus sur les sommes dues par l'administration aux entreprises titulaires de marchés publics doivent être regardées comme des biens* » au sens de l'article 1 du Protocole 1. Les taux des intérêts moratoires ayant été rétroactivement modifiés, les sommes dues aux cocontractants de l'administration l'ont été également. Aux yeux du juge administratif, la modification du taux n'a été justifiée par aucun intérêt général suffisant et a constitué l'atteinte disproportionnée aux droits des entreprises concernées.

²⁴⁶ CourEDH, 9 décembre 1994, *Raffineries grecques Stran et Stratis Andreadis c/ Grèce*, A/301-B, § 72. La Cour a par exemple reconnu le droit particulier de l'administration en cas de retrait d'une concession de voirie en considérant qu'il s'agissait d'un « *contrat de droit public avec pour objectif de préserver l'intérêt de la communauté* » : CourEDH, GC, 18 février 1999, *Larkos c/ Chypre*, req. n° 29515/95, § 31.

²⁴⁷ CE, 23 mai 1962, *Ministre des finances et des affaires économiques c/ Société financière d'exploitation industrielle*, Rec. p. 342 (le juge administratif applique la théorie de la responsabilité contractuelle sans faute pour fait du prince en vertu de laquelle l'administration doit indemniser intégralement le préjudice subi par le contractant dont le contrat a été résilié unilatéralement par l'administration) ; CE, 27 octobre 1978, *Ville de Saint-Malo*, Rec. p. 401 (même raisonnement concernant la modification unilatérale des clauses du contrat).

administratif empreint d'exorbitance », la Cour EDH a confirmé cette possibilité²⁴⁸.

2 – *La reconnaissance d'une large marge d'appréciation dans le cadre de l'article 1 du Protocole 1*

Cette question concerne principalement le domaine public et plus particulièrement la question des autorisations domaniales. En la matière, la jurisprudence « *n'est pas très abondante et (...) ne révèle aucun impact substantiel du droit conventionnel sur l'état du droit interne* »²⁴⁹. Même si le constat a été fait il y a bientôt dix ans, aucun arrêt n'est venu fondamentalement démentir cet avis. Les arrêts ont principalement concerné les autorisations d'occuper privativement une portion du domaine public pouvant être retirés pour des motifs d'intérêt général²⁵⁰. Le problème de conventionnalité soulevé concernait la non-indemnisation des titulaires d'autorisation lorsqu'ils étaient évincés avant terme pour motifs d'intérêt général. Le juge administratif a constaté que les procédures existantes ne constituaient pas de mesures prohibées par l'article 1 du Protocole 1²⁵¹.

²⁴⁸ N. Marty, « Contrats publics et droit européen des droits de l'homme », in *Contrats publics. Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Guibal*, vol.I, PUM, 2004, p. 334. V. également S. Braconnier, « Exorbitance du droit administratif et droit européen », in F. Melleray (dir.), *L'exorbitance du droit administratif en question(s)*, Actes du colloque des 11 et 12 décembre 2003 à Poitiers, LGDJ, Coll. de la Faculté de droit et de sciences sociales de Poitiers, 2004, p. 91-106.

²⁴⁹ M. Guyomar, *op. cit.*, p. 2143.

²⁵⁰ L'autorisation est issue soit d'un contrat (la fin anticipée s'analyse en une résiliation avant terme), soit d'un acte unilatéral (la fin anticipée s'analyse en une abrogation).

²⁵¹ CE, 6 mars 2002, *Triboulet*, Rec. p. 76, *RFDA* 2002, p. 251, note R. Hostiou (destruction d'un bien immobilier construit sur le domaine public,

La Cour EDH n'a pas encore eu l'occasion de trancher tous les aspects des occupations domaniales. Elle a en revanche considéré les pratiques existantes comme conventionnelles, du moins, en ce qui concerne l'obligation pour les occupants de quitter et de détruire à leurs frais des habitations consécutive à un non renouvellement d'autorisations unilatérales. A ses yeux, « *l'absence d'indemnisation ne saurait passer (...) pour une mesure disproportionnée à la réglementation de l'usage des biens du requérant, opérée dans un but d'intérêt général* »²⁵². Le juge européen semble donc valider le système existant dans la mesure où le régime contesté peut être justifié par l'intérêt général et plus particulièrement par la protection de l'environnement. Toutefois, comme l'observe certains membres de la doctrine, « *si la domanialité publique semble eurocompatible, la préservation de l'inaliénabilité et de l'imprescriptibilité n'est pourtant pas dénuée d'ambiguïté* »²⁵³. Les questions qui restent encore en suspens sont celles relatives à la distinction que semble opérer le juge administratif entre les fins anticipées des autorisations. En effet, si le principe d'indemnisation s'applique désormais aux autorisations résultant d'un contrat²⁵⁴, le principe de non indemnisation des

c'est-à-dire la remise en état sans indemnisation préalable n'enfreint pas les dispositions conventionnelles).

²⁵² CourEDH, GC, 29 mars 2010, *Depalle c/ France*, req. n° 34044/02, § 91 et CourEDH, GC, 29 mars 2010, *Brosset-Triboulet et al. c/ France*, req. n° 34078/02, § 94, *RFDA* 2010, p. 543, note R. Hostiou.

²⁵³ D. Costa, « L'inaliénabilité et l'imprescriptibilité du domaine public à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme », in *Bien public, bien commun. Mélanges en l'honneur de Etienne Fatôme*, Dalloz, 2011, p. 94.

²⁵⁴ CE, 31 juillet 2009, *Société Jonathan Loisirs*, req. n° 316534 (lorsque le titulaire d'une autorisation est en possession d'un titre contractuel, il doit être indemnisé lors de la résiliation de son contrat pour motifs d'intérêt général).

titres unilatéraux abrogés semble maintenu²⁵⁵. Compte tenu toutefois du raisonnement adopté par la Cour EDH dans les affaires *Depalle* et *Brosset-Triboulet préc.*, il est permis de considérer que le système existant est conventionnel. Les deux juges semblent valider les prérogatives de l'administration en la matière sous réserve que l'action soit conduite pour les motifs d'intérêt général dans un objectif de valorisation du domaine public. Si les principes d'inaliénabilité et d'imprescriptibilité ont été « sauvés » par le juge européen, toutes les interrogations n'ont pas été levées, comme par exemple celles liées à la non-indemnisation des servitudes d'urbanisme ou celles liées à la prise en compte des coûts de la protection de l'environnement et plus globalement de « toute politique publique susceptible d'affecter la propriété privée »²⁵⁶.

3 – L'exemple particulier de la « banalisation » des CDI au sein de la Fonction publique

Certains ont cru voir dans l'intervention du législateur par la loi du 26 juillet 2005²⁵⁷, prévoyant la transformation des contrats à durée déterminée successifs en contrats à durée indéterminée, une remise en cause du principe de concours sous l'influence du droit communautaire²⁵⁸. Si l'introduction plus généralisée de

²⁵⁵ F. Alhama, « L'indemnisation en cas de fin anticipée des autorisations domaniales », *AJDA* 2010, p. 1515.

²⁵⁶ R. Hostiou, « Propriété privée, domanialité publique et protection du littoral : le droit administratif des biens à l'épreuve de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Note sous CEDH, gr. ch., 29 mars 2010, *Depalle c/ France* », *RFDA* 2010, p. 547.

²⁵⁷ La loi n° 2005-843 du 26 juillet 2005, relative à la lutte contre la précarité, *JORF*, 27 juillet 2005, p. 12183.

²⁵⁸ F. Kauff-Gazin, « L'influence des concepts de droit communautaire sur le droit de la fonction publique ou comment le droit communautaire opère la réduction du champ du droit public... », in G. Eckert, Y. Gautier, R. Kovar et

la voie contractuelle, exceptionnelle dans la Fonction publique française, représente en effet un élément de « privatisation » en officialisant l'occupation d'emploi permanent par des agents contractuels, cet exemple est néanmoins significatif à double titre d'une atténuation de la corrélation qu'il est permis d'établir entre dialogue des juges et mutation du droit administratif sous l'influence du droit européen.

D'une part, il faut reconnaître que ce n'est pas le dialogue des juges qui a suscité cette réforme, justifié officiellement par la volonté de transposer la directive 1999/70 du 28 juin 1999 sur le travail à durée déterminée²⁵⁹. En fait, ce sont plutôt les implications de la réforme qui auraient pu constituer un moteur de dialogue et susciter la saisine de la Cour de justice, compte tenu des divergences entre les juridictions administratives sur la conventionnalité du régime antérieur²⁶⁰. Toutefois, vu la nature

D. Ritleng (dir.), *Incidences du droit communautaire sur le droit public français*, Presses universitaires de Strasbourg, 2007, p. 215. L'auteur considère que l'introduction généralisée de ce type de contrat « *bouscule les fondements de la fonction publique en autorisant l'aménagement de dérogations à des principes-clés de ce droit* ». De même, non seulement le principe même du concours comme principale voie d'accès serait remis en question mais également le principe d'égalité entre des fonctionnaires dans la mesure où « *certaines agents contractuels pourront être recrutés dans des conditions plus favorables que les fonctionnaires* ».

²⁵⁹ Directive 1999/70/CE du 28 juin 1999 concernant l'accord-cadre CES, UNICE et CEEP sur le travail à durée déterminée, *JOCE* n° L 175, 10 juillet 1999, p. 43.

²⁶⁰ Certaines juridictions du fond ont conclu à l'incompatibilité avec la directive 1999/70 du régime des non titulaires de la fonction publique de l'Etat : CAA Paris 20 novembre 2007, *Ceard*, Rec. T. p. 728 et 922 ; V. aussi CAA Versailles 22 juin 2006, *M^{me} Martínez-Arretz*, req. n° 05VE00565. Les autres juridictions de fond ont, au contraire, conclu à la compatibilité avec la directive 1999/70 du régime des agents non titulaires de la fonction publique territoriale : CAA Lyon 19 juin 2007, *Seghetto*, req. n° 04LY00937 ; CAA Bordeaux, 20 janvier 2009, *Dalibot*, req. n°

transitoire de ce contentieux, il n'est pas certain que la Cour de justice ait l'occasion de statuer.

D'autre part, l'option choisie par le gouvernement et avalisée par le législateur n'était pas imposée par le droit communautaire, comme le précise une jurisprudence communautaire ultérieure²⁶¹. Le législateur est donc allé au-delà des exigences du droit communautaire²⁶². Il est alors possible de relever que des modifications importantes de l'état du droit, telles que la banalisation des contrats à durée indéterminée au sein de la Fonction publique française, peuvent résulter d'une mauvaise appréhension des exigences européennes, l'économie des normes de l'Union européenne ne leur donnant pas les effets qu'on leur a fait porter.

Parallèlement, l'ampleur des modifications induites par la recherche de l'euro-compatibilité peut également s'avérer réduite

07BX00454. Dans cette dernière affaire, le juge administratif a considéré qu'« avant d'être complété par les dispositions de la loi (...) du 26 juillet 2005 (...), l'article 3 de la loi du 26 janvier 1984 encadrait déjà, de façon suffisamment précise, le recours aux contrats à durée déterminée dans la fonction publique territoriale : il n'était dès lors pas incompatible avec les stipulations de l'accord cadre annexé à la directive du 28 juin 1999 du Conseil ».

²⁶¹ CJCE, 4 juillet 2006, *Konstantinos Adeneler c. ELOG*, aff. C-212/04, Rec. p. I-6057. Le juge communautaire a relevé que « l'accord-cadre n'édicte pas une obligation générale des États membres de prévoir la transformation en contrats à durée indéterminée des contrats de travail à durée déterminée, pas plus qu'il ne prescrit les conditions précises auxquelles il peut être fait usage de ces derniers » (§ 91).

V. aussi CJCE, 7 septembre 2006, *Marrosu et Sardino*, aff. C-53/04, Rec. p. I-7213 ; CJCE, 23 avril 2009, *Angelidaki*, aff. C-378/07, Rec. p. I-3071.

²⁶² O. Dubos, « La lutte contre la précarité dans la fonction publique : le législateur français au-delà et au-deçà du droit communautaire », *AJDA* 2006, p. 2089.

en raison non de l'économie de la norme européenne, mais de son objet même.

B – Des perturbations fragmentées du fait de l'objet de la norme européenne

Dans certains domaines du droit administratif, l'influence des droits européens a pu être surestimée, faute de s'être attaché à l'objet même de la norme qui souvent inspire et sous-tend l'interprétation qu'en font les juridictions européennes. Alors que certains membres de la doctrine ont pu avancer l'idée de bouleversements majeurs, le recul permet de constater que la portée des adaptations requises reste mesurée ou parcellaire. Tel est le cas en ce qui concerne l'influence du droit de l'Union sur le droit des propriétés publiques (1) ou l'influence de l'article 6§1 de la Convention sur le statut des fonctionnaires (2).

1 – L'éclatement de l'impact du droit de l'Union sur le droit des propriétés publiques

L'application du droit de l'Union européenne, caractérisée par une relative neutralité vis-à-vis du régime de propriété²⁶³ mais également par l'application des règles de transparence et de la concurrence, a pu révéler une « *suspicion généralisée vis-à-vis de l'intervention de la puissance publique dans la sphère économique* »²⁶⁴. La question concernait plus particulièrement

²⁶³ L'article 345 TFUE rappelle que « *les traités ne préjugent en rien le régime de la propriété des Etats membres* ».

²⁶⁴ C. Gautier, « Les incidences du droit de l'Union européenne sur le droit français des propriétés publiques », *CDE* 2007, p. 402. V. aussi J. Fournier, « Les entreprises publiques dans le droit et la pratique de l'Union

les règles applicables au patrimoine des collectivités publiques. Or, comme il a pu être observé, le domaine public paraissait, du fait de son régime intrinsèque, « *hermétique aux notions de marché, de concurrence et à la logique libérale de la construction européenne* »²⁶⁵. La neutralité prônée par les traités concernant le régime de propriété conduit en réalité à une mise au même plan de la propriété publique et de la propriété privée. Il s'agit « *à l'instar des opérateurs privés (...)[d']assujettir les entreprises publiques aux principes fondamentaux du droit communautaire* »²⁶⁶. Cet assujettissement *de facto* a pu conduire plusieurs auteurs à s'interroger sur le point de savoir si les prérogatives exorbitantes attachées aux propriétés publiques ne se trouvaient pas remises en cause, en particulier les règles d'insaisissabilité et d'incessibilité des biens publics à vil prix²⁶⁷. Des interrogations semblaient pouvoir être soulevées, notamment du point de vue de la réduction des prérogatives dont bénéficient les personnes publiques propriétaires, et à l'inverse, du point de

européenne », *RJEP* 2005, spéc. pp. 139-140. L'auteur observe que « *l'entreprise publique, du seul fait qu'elle est adossée à l'Etat, risque de se comporter de façon non conforme aux lois du marché* »

²⁶⁵ J.-P. De La Rica, « *Domanialité publique et droit communautaire : « peu de chagrin » ou nouvelle mutation ?* », in G. Eckert, Y. Gautier, R. Kovar et D. Ritleng (dir.), *Incidences du droit communautaire sur le droit public français*, Presses universitaires de Strasbourg, 2007, p. 371.

²⁶⁶ C. Gautier, *préc.*, p. 391. V. aussi, J.-P. De La Rica, *préc.* p. 374 qui observait que « *si le droit communautaire n'a (...), a priori, aucune raison de remettre en cause le « domaine public » en tant que mode de propriété relevant du choix régalien de l'Etat, il peut avoir quelque effet sur le régime qui régit ce domaine public, c'est-à-dire la domanialité publique* ».

²⁶⁷ Par ex. : S. Clamens, « *Vers la remise en cause du principe d'insaisissabilité des biens des personnes publiques* », *AJDA* 2000, pp. 767-773 ou C. Barthélémy, « *La garantie implicite, gratuite et illimitée de l'Etat aux établissements publics : mythe ou réalité ?* », *RJEP* 2004, pp. 423-431.

vue du renforcement des contraintes pesant sur celles-ci²⁶⁸. Or, il s'avère que l'influence du droit de l'Union demeure pour le moment ponctuel et limité et ne s'exerce pas nécessairement sur le même terrain.

Ainsi, la réduction des prérogatives s'illustre principalement à travers la décision de la Commission mettant en cause, comme constitutive d'une aide d'Etat, l'insaisissabilité des biens d'un EPIC et ses corollaires, à savoir l'impossibilité d'utiliser les voies d'exécution du droit commun²⁶⁹ et les procédures collectives²⁷⁰. Plus précisément, les propriétés publiques bénéficient d'une protection renforcée se manifestant principalement par l'inapplicabilité des procédures civiles d'exécution, par l'impossibilité de constituer des sûretés sur les éléments des patrimoines administratifs ou encore par l'inapplicabilité des procédures collectives aux collectivités administratives²⁷¹. Les prérogatives attachées à l'intervention publique dans le secteur économique faisaient ainsi craindre la remise en cause du statut d'EPIC par les autorités communautaires. En définitive, l'insaisissabilité des biens n'a pas été frontalement contestée et le Code général de la propriété des personnes publiques a réaffirmé très nettement ce principe²⁷².

²⁶⁸ Sur ce point, v. en particulier, C. Gautier, *préc.*, spéc. pp. 388-389.

²⁶⁹ Cass. 1^{re} civ., 21 décembre 1987, *Bureau des recherches géologiques et minières [BRGM] c/ Sté Lloyd Continental*, Bull. civ. 1987, I, n° 348.

²⁷⁰ CA Paris, 15 février 1991, *Sté PDG c/ Centre national bureaux régionaux de fret*, AJDA 1991, p. 568.

²⁷¹ Ph. Yolka, « Protection des propriétés publiques », *Jurisclasseur Propriétés publiques* 2003, fasc. 60, pt. 45.

²⁷² L'article L. 2311-1 CGPPP dispose que « les biens des personnes publiques (...) sont insaisissables ».

En outre, la gestion du domaine public devait logiquement subir l'influence du droit de l'Union européenne, en particulier dans les cas où le propriétaire public développe une relation commerciale avec un occupant privatif²⁷³. Dans la mesure où ce régime se traduit par une large marge d'appréciation de l'administration en matière d'octroi d'autorisations domaniales, le choc avec les règles du droit de l'Union paraissait inévitable. Or, sur ce terrain, si l'accroissement des sujétions a été constaté²⁷⁴, celui-ci s'est principalement manifesté avec l'application des règles de concurrence et de transparence dans les relations entretenues entre les deux parties²⁷⁵. En effet, si le

²⁷³ C. Gautier remarquait que « si l'on se rapporte précisément au droit de propriétés publiques dans son acception la plus « classique », il est une question qui va être particulièrement touchée par cette redéfinition de ces relations « public-privé », il s'agit des autorisations d'occupation privative du domaine public et de ses modes d'attribution » (préc., p. 415).

Une telle conclusion pouvait s'appuyer notamment sur la jurisprudence *Telaustria Verlags GmbH* (CJCE, 7 décembre 2000, aff. C-324/98, Rec. p. I-10745) dans laquelle la Cour de justice a imposé une obligation générale de transparence concernant la passation des concessions de service public.

²⁷⁴ Les personnes publiques bénéficient d'avantages tirés du droit communautaire mais subissent également des contraintes dans leur action et leur gestion.

²⁷⁵ CE, 26 mars 1999, *Sté Hertz, Sté EDA*, Rec. p.96. La Haute juridiction administrative a uniquement considéré que la délivrance d'une occupation domaniale ne devait placer la société bénéficiaire dans une situation qui lui permettrait d'abuser de sa position dominante dans la mesure où le gestionnaire du domaine public était par définition le seul à gérer les conditions d'accès et d'établissement de la redevance domaniale (v. sur ce point CJCE, 17 juillet 1997, *GT-Link A/S c. De Danske Statsbaner (DSB)*, aff. C-242/95, Rec. p. I-4449, pt. 41). De la même manière, le juge communautaire (TPICE, 12 décembre 2000, aff. T-128/98, *Aéroports de Paris c/ Commission*, Rec. p. II-3929 et CJCE, 24 octobre 2002, aff. C-82/01, *Aéroports de Paris c/ Commission*, Rec. p. I-9297, *AJDA* 2003, p. 436, note J.-Y. Chérot) a imposé aux Aéroports de Paris le respect du droit de la concurrence pour les activités menées sur l'espace public.

dialogue des juges a contraint le juge interne à s'assurer que les règles de concurrence soient respectées concernant les activités exercées sur le domaine public, il n'a pas conduit à une procédure spécifique en ce qui concerne la délivrance des autorisations d'occupation. Comme remarque C. Gautier, « *les relations entre propriétaires publics et occupants privés du domaine public sont toujours gouvernées par le principe de liberté* »²⁷⁶. C'est uniquement à titre accessoire, lorsque les concessions domaniales sont adossées aux marchés publics ou aux délégations de service public que les règles de transparence et de mise en concurrence vont s'appliquer. Si les inquiétudes de certains auteurs, mettant en avant le caractère suspect de la « *tendance des personnes publiques à fonder leurs choix sur des critères qui ne sont pas « purement » économiques* »²⁷⁷, ont pu paraître justifiées, les modifications introduites n'ont été en définitive que ponctuelles.

2 – La délimitation de l'impact de l'article 6§1 de la Convention sur le statut des fonctionnaires

Les fluctuations de la jurisprudence européenne concernant l'applicabilité de l'article 6 de la Convention EDH au contentieux de la Fonction publique ont incité les membres de

L'idée de faire appliquer des règles spécifiques liées à l'exercice d'activités économiques par l'occupant privé, envisagée au moment de la rédaction du Code général de la propriété des personnes publiques, a en définitive été abandonnée : cf. Ch. Maugué et G. Bachelier, « Genèse et présentation du code général de la propriété des personnes publiques », *AJDA* 2006, p. 1083.

²⁷⁶ C. Gautier, *préc.*, p. 415.

²⁷⁷ E. Fatôme et A. Ménéménis, « Concurrence et liberté d'organisation des personnes publiques : éléments d'analyse », *AJDA* 2006, p. 67. Les auteurs mettaient en avant le fait que la tendance à favoriser, notamment les entreprises nationales, conduisait à fausser le jeu de la concurrence sur les marchés économiques.

la doctrine à s'intéresser majoritairement à ce point particulier. Dans un éditorial²⁷⁸, Pierre Boutelet estimait ainsi que la jurisprudence *l'Hermitte*²⁷⁹ constituait « *la première manifestation d'un droit véritablement européen* » et qu'en raison de la réception par la Cour européenne des critères forgés par la Cour de justice, dans l'arrêt *Pellegrin*²⁸⁰ et parallèlement de la réception de cette nouvelle jurisprudence par le Conseil d'Etat, il existait désormais deux fonctions publiques : l'une « de droit civil » dont les droits et obligations sont de caractère civil et l'autre « de puissance publique » qui seule relève du droit exorbitant de l'Etat. Du point de vue du statut des agents publics en droit interne, cependant, l'applicabilité de l'article 6 n'a pas bouleversé l'état de droit existant et n'a pas conduit à la privatisation du régime de droit public. En réalité, il n'existe pas deux fonctions publiques²⁸¹ et la jurisprudence *Pellegrin* elle-même n'avait pas une telle dualité pour effet.

Il est vrai qu'en admettant l'applicabilité de l'article 6 de la Convention EDH aux litiges opposant les agents publics à l'administration, la Cour européenne des droits de l'homme a considéré que ces derniers se trouvaient dans une situation comparable à celle des salariés de droit privé en conflit avec leur employeur. Et peut-être cette assimilation ressort-elle encore davantage de l'arrêt *Vilho Eskelinen*²⁸² (encore que la

²⁷⁸ P. Boutelet, « L'article 6§1 de la Convention EDH va-t-il bouleverser la théorie et le droit de la fonction publique ? », *AJFP* mai-juin 2000, p. 1

²⁷⁹ CE, *L'Hermitte*, préc.

²⁸⁰ CourEDH, GC, 8 décembre 1999, *Pellegrin c/ France*, req. n° 28541/95

²⁸¹ Cf. Conseil d'Etat, *Perspectives pour la Fonction publique*, Rapport public 2003, La Documentation française, 2004, spéc. p. 287.

²⁸² CourEDH, GC, 19 avril 2007, *Vilho Eskelinen c/ Finlande*, req. n° 63235/00.

Cour européenne ait pris soin de souligner que « *l'applicabilité de l'article 6 ne préjuge en rien de la réponse à la question de savoir comment les diverses garanties attachées à cet article (...) doivent s'appliquer aux litiges concernant des fonctionnaires* » § 64, et que pour le coup le critère fonctionnel comme élément de distinction entre les agents publics ait été abandonné). Il n'en reste pas moins que seuls se trouvent en jeu les droits garantis par l'article 6. La qualification de certaines contestations comme relevant de la « matière civile » au sens de cette disposition n'implique aucunement que les droits qui en sont l'objet soient alignés sur ceux des salariés privés, par exemple que le fonctionnaire puisse prétendre à la même échelle de rémunération ou s'affranchir des obligations que lui crée son statut. L'autonomie du concept permet seulement aux agents publics de se prévaloir des mêmes principes d'impartialité, de publicité ou de célérité de la justice, sans que l'article 6 ne leur assure aucun droit matériel. En définitive, l'applicabilité de la disposition touche donc moins à la nature des relations entre l'agent et son administration employeur, qu'à ses droits procéduraux devant le juge administratif.

Or en droit interne, l'influence du statut de fonctionnaire sur le droit de recours s'avère limitée, si bien que les répercussions du droit conventionnel à un procès équitable au regard de la situation des agents publics demeurent elles-mêmes circonscrites pour l'instant. Comme le remarque le professeur Melleray, « *au-delà du principe même de cette soumission au contentieux relatif à la situation des agents publics aux exigences de l'article 6§1, il n'est pas évident que ce texte leur apporte des garanties supplémentaires tant le droit français de la fonction publique assure généralement des standards élevés*

de protection des intérêts des agents »²⁸³. Actuellement, les modifications induites par le droit de la Convention se mesurent pour l'essentiel dans le contentieux des sanctions disciplinaires, où elles se sont traduites, à la faveur de la réception par le juge administratif des critères de la matière civile, par une extension du principe de publicité des audiences devant des instances disciplinaires de la Fonction publique qui ont qualité de juridiction en droit interne²⁸⁴. Dans le cadre du régime de droit commun, cependant, les commissions administratives paritaires continuent de statuer à huis-clos. Cette situation pourrait ne pas contrevir aux exigences européennes, dès lors que, suivant une jurisprudence constante et désormais classique, la Cour EDH exerce un contrôle global en remplaçant le respect d'une garantie dans l'ensemble du procès. Par conséquent, « *la Cour européenne des droits de l'homme admet l'intervention d'organes administratifs, corporatifs ou juridictionnels qui ne remplissent pas l'ensemble des garanties de l'article 6, à condition toutefois qu'ils subissent le contrôle ultérieur d'un organe judiciaire de pleine juridiction présentant, lui, les garanties de cet article* »²⁸⁵. Mais une incertitude demeure quant à la qualification du contrôle exercé par le juge

²⁸³ F. Melleray, *Droit de la fonction publique*, Economica, 2010, 2^{ème} éd., p. 107.

²⁸⁴ CE, 3 novembre 1999, *Zurmely*, req. n° 206362 (concernant la procédure devant le Conseil national de l'enseignement supérieur et de la recherche), CE, 10 janvier 2000 *Massard*, req. n° 190041 (concernant la procédure devant le Conseil national de l'éducation), CE, 23 février 2000, *L'Hermitte*, Rec. p. 101 (concernant la procédure devant la juridiction disciplinaire nationale compétente pour les personnels enseignants et hospitaliers des centres hospitaliers et universitaires).

²⁸⁵ L. Milano, « Fonction publique et Convention européenne des droits de l'homme », *Jurisclasseur Fonctions publiques*, Fasc. 1010, 2012, pt. 40). V. sur ce point Cour EDH, 23 juin 1981, *Le Compte, Van Leuven et De Meyere c/ Belgique*, A/43

administratif, dans la mesure où il demeure limité à l'erreur manifeste d'appréciation sur le choix opéré par l'administration de la gravité des sanctions disciplinaires²⁸⁶. Or il n'est pas certain que cette intensité soit suffisante au regard des standards européens²⁸⁷, ce qui impliquerait soit que tous les organes disciplinaires de la fonction publique satisfassent directement eux-mêmes aux exigences de l'article 6, soit que le Conseil d'Etat évolue vers un contrôle en tous points entier. C'est probablement cette seconde voie, moins perturbante pour l'ordre juridique interne, qui devrait être explorée. Confirmée en 2006²⁸⁸, la jurisprudence *Lebon* semble ainsi menacée et connaît aujourd'hui un infléchissement concernant les magistrats du parquet dans la mesure où le juge accepte d'effectuer un contrôle entier²⁸⁹.

*

En définitive, les enjeux du dialogue des juges peuvent donc se voir d'emblée limités par différents facteurs tenant aux rapports plus ou moins flexibles ou circonscrits qui sont susceptibles de s'établir entre les règles nationales et les normes européennes. Pour être porteuses d'une logique éventuellement différente, sinon contraire à celle du droit administratif, ces dernières n'imposent pas toujours une reconsidération fondamentale des principes, des procédures ou des régimes existants. Toutes les adaptations ne sont pas des mutations et il n'est pas permis de conclure à européanisation d'une matière du seul fait que le juge national intègre à son raisonnement des éléments issus d'une jurisprudence européenne. Bien plus le dialogue des juges peut

²⁸⁶ CE, 9 juin 1978, *Lebon*, Rec. p. 245

²⁸⁷ Cf. *supra*, L. Milano, Partie II, Chapitre 2, spéc. pp. 313-315.

²⁸⁸ CE, 1^{er} février 2006, *Touzard*, req. n° 271676.

²⁸⁹ CE, 27 mai 2009, *Hontang*, Rec. p. 207.

être le moyen de cerner la portée exacte des exigences résultant du droit de l'Union ou de la Convention et il convient, pour terminer, d'évaluer alors ses effets sur le sens de l'europeanisation.

CHAPITRE II

DES EFFETS PONDERES SUR LE SENS DE L'EUROPEANISATION

Laetitia FERMAUD

Dans un contexte maintes fois souligné de banalisation du droit administratif ainsi que, dans le même temps, de rééquilibrage de la relation administration - administrés, il convient de s'interroger sur l'influence réelle de la jurisprudence européenne sur chacun de ces phénomènes marquants dans le mouvement global d'évolution du droit administratif. Il apparaît alors une dissymétrie entre le rôle grandissant qu'est amené à jouer le dialogue des juges dans ce mouvement de rééquilibrage de la relation entre administration et administrés (Section I) et son impact relatif sur le risque annoncé de banalisation du droit administratif (Section II).

SECTION I – LE ROLE GRANDISSANT DU DIALOGUE DES JUGES DANS LE REEQUILIBRAGE DE LA RELATION ADMINISTRATION- ADMINISTRES

« Si l'histoire du droit administratif est celle du renforcement de la soumission de l'administration au droit, l'histoire plus jeune de l'Europe (celle de l'Union comme celle des droits de l'homme) apparaît comme un indéniable facteur de

promotion d'une justice renouvelée »¹. Ainsi, le mouvement de rééquilibrage caractérisant depuis plusieurs décennies le droit administratif français s'accommode parfaitement aux évolutions européennes et, bien plus, tend même à se renforcer du fait de la jurisprudence émanant de ces Cours européennes. Le dialogue des juges marque alors de son empreinte les évolutions du droit administratif dans le sens d'un plus grand équilibre entre les pouvoirs reconnus à l'administration et les droits détenus par les administrés. Ces évolutions sont de deux ordres : à la fois formelles et matérielles, elles concernent tant les garanties procédurales offertes par le droit administratif (Paragraphe 1) que la nature ou l'étendue des droits reconnus aux administrés (Paragraphe 2).

§ I – L'EMPREINTE FORMELLE DE L'INFLUENCE EUROPEENNE : LES EVOLUTIONS PROCEDURALES DU DROIT ADMINISTRATIF

Progressivement, les jurisprudences européennes et leur réception par le juge administratif vont simplifier les possibilités d'accès à la justice administrative offertes aux justiciables nationaux (A). En outre, la procédure suivie devant les juridictions administratives va également se renouveler sous l'effet d'une impulsion européenne (B).

A - Un accès au juge élargi

Bénéficier d'un droit d'accès au juge est l'une des premières garanties offerte au justiciable qui dispose de la sorte de la faculté de contester la légalité des décisions et actes

¹ F. Chaltiel in Lukaszewicz et Oberdorff dir., « Le juge administratif et l'Europe: le dialogue des juges – Actes du colloque du 50^{ème} anniversaire des tribunaux administratifs », PUG, 2004.

administratifs lui faisant grief. Aux termes des stipulations de l'article 13 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, « *Toute personne dont les droits et libertés reconnus dans la présente Convention ont été violés a droit à l'octroi d'un recours effectif devant une instance nationale, alors même que la violation aurait été commise par des personnes agissant dans l'exercice de leurs fonctions officielles* ». Néanmoins, certaines mesures édictées par les autorités administratives ne peuvent donner lieu à un recours devant le juge administratif. Que ce soit en raison de leur caractère éminemment politique (catégorie des actes de Gouvernement) ou, au regard de l'adage *de minimis non curat praetor*, en raison de leur faible incidence sur la situation du requérant. Au titre de cette seconde catégorie, les mesures d'ordre intérieur ont constitué un terrain d'expression privilégié du dialogue des juges, la jurisprudence européenne ayant très largement influencé le juge administratif dans le sens d'une réduction drastique de la catégorie des mesures d'ordre intérieur notamment dans des domaines sensibles tels les activités militaires ou pénitentiaires.

Il semble en effet qu'un sort particulier puisse être réservé aux décisions intervenant en ces matières dès lors que la qualification de mesure d'ordre intérieur paraît davantage résulter de la volonté de préserver une certaine liberté aux autorités administratives dans le choix des sanctions prises à l'encontre des militaires ou des détenus dont elles ont la charge plutôt que de leur faible importance au regard de la situation des intéressés². C'est alors dans ce cadre particulier que l'influence européenne se fera particulièrement prégnante, celle-ci incitant

² Ainsi, une punition imposée par un instituteur au sein d'un établissement scolaire ne saurait s'assimiler à une décision de mise à l'isolement prononcée à l'encontre d'un détenu ou de privation de permission venant sanctionner un militaire.

les juridictions administratives à ouvrir sans cesse davantage le prétoire à ces administrés soumis à une discipline spécifique. Si dans les années 1990 le juge administratif a fait évoluer sa jurisprudence en matière de mesures d'ordre intérieur, les récentes évolutions caractérisant la matière tiennent à la réception, au niveau interne, des positionnements retenus par le juge européen³. Ainsi que le souligne Mattias Guyomar, « *cet effort s'inscrit dans un contexte général de rétrécissement du champ des mesures d'ordre intérieur. L'ouverture croissante du prétoire tout à la fois constitue la tendance naturelle de la jurisprudence administrative, correspond à un mouvement général dans les Etats européens et reflète une dynamique conforme aux exigences de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme. (...) Au moyen de sa jurisprudence, il ne fait nul doute que la Cour de Strasbourg exerce une pression sur les Etats parties à la Convention* »⁴.

Jusque dans les années 1990, les différentes mesures touchant les détenus étaient, pour ainsi dire, exclues de toute possibilité de contestation devant le juge administratif. Relevaient ainsi de la catégorie des mesures d'ordre intérieur tant les sanctions infligées à un détenu⁵ que les décisions de transfert ou de retrait d'un régime spécial de détention⁶ ou encore celles relatives à un placement en quartier de haute sécurité⁷. C'est en 1995 que le Conseil d'Etat opère un

³ Pour l'analyse de la similarité des raisonnements et critères appliqués par le juge administratif avec ceux de la Cour EDH : v. B. Pastre-Belda, Partie II, Chap. I, spéc. p. 253 et s.

⁴ M. Guyomar, « Limites des mesures d'ordre intérieur en matière pénitentiaire : déclassement d'emploi et changements d'affectation des détenus, Conclusions sur CE Ass. 14/12/2007 », *RFDA* 2008 p. 87.

⁵ CE, 28 juil. 1932 « *Sieur Brunaux* », Lebon p. 816.

⁶ CE, 8 déc. 1967 « *Sieur Kayanakis* », Lebon p. 475.

⁷ CE Ass., 27 janv. 1984 « *Caillol* », Lebon p. 28.

revirement de jurisprudence en la matière, retenant dans un arrêt d'Assemblée que « *eu égard à la nature et à la gravité de cette mesure, la punition de cellule constitue une décision faisant grief susceptible d'être déférée au juge de l'excès de pouvoir* »⁸. Néanmoins, suite à cette évolution d'envergure, la catégorie des mesures d'ordre intérieur ne s'est pas tarie, de nombreuses décisions concernant la situation des détenus continuant à être écartées par le juge de toute possibilité de recours. Il en allait notamment ainsi des décisions de placement à l'isolement⁹ ou des mesures visant à empêcher la correspondance entre détenus¹⁰.

La jurisprudence de la Cour européenne se fit alors plus pressante, celle-ci prononçant la condamnation d'Etats parties à la Convention pour non respect des stipulations de l'article 13 de ladite Convention lorsque les décisions de placement à l'isolement ne pouvaient donner lieu à un recours effectif devant le juge national¹¹. De même, dans sa décision « *Frérot contre France* » en date du 12 juin 2007, la Cour européenne prononce à nouveau la condamnation de la France sur le fondement de l'article 13 de la Convention, dès lors que la décision de refus d'acheminement du courrier du détenu ne pouvait faire l'objet d'une contestation devant le juge administratif. Face à un tel mouvement jurisprudentiel résolument tourné vers l'amenuisement de la catégorie des mesures d'ordre intérieur, le Conseil d'Etat a entendu les préconisations européennes et fait évoluer sa jurisprudence dans le sens d'un accès sans cesse plus large au juge administratif.

⁸ CE Ass., 17 fév. 1995 « *Marie* », GAJA n° 107.

⁹ CE, 28 fév. 1996 « *Fauqueux* », Lebon p. 52.

¹⁰ CE, 8 déc. 2000 « *Frérot* », Lebon p. 589.

¹¹ CEDH, 3 avr. 2001 « *Keenan c/ Royaume-Uni* » ; CEDH 4/07/2006 « *Ramirez Sanchez c/ France* » Req. n° 59450/00, AJDA 2005 p. 1388 note D. Costa.

C'est tout d'abord par l'arrêt « *Ministre de la Justice contre Remli* » que le Conseil d'Etat reçoit l'influence européenne en opérant un revirement de jurisprudence de nature à permettre au juge administratif de connaître des décisions de placement à l'isolement des détenus¹². Ensuite, par trois arrêts d'Assemblée en date du 14 décembre 2007, le Conseil d'Etat va à nouveau affirmer son positionnement dans la droite ligne de la jurisprudence européenne. Par ses décisions « *Boussouar* » concernant les changements d'affectation d'un détenu d'un établissement pénitentiaire à un autre, « *Planchenault* » relative au déclassement d'emploi au sein d'une prison et « *Payet* » relative aux rotations de sécurité¹³, il renouvelle les modalités de son appréciation de la justiciabilité des mesures soumises à son contrôle. Dans ces trois arrêts, le Conseil d'Etat consacre le double critère tenant à la nature de la mesure en cause ainsi qu'à l'importance de ses effets sur la situation du détenu. De la sorte, au critère objectif de la nature de la mesure (s'appréciant, selon les conclusions du Commissaire du Gouvernement Guyomar, au regard de son objet, de son caractère et de son statut juridique) s'ajoute un critère plus subjectif tenant à la situation vécue par le requérant, aux conséquences matérielles de la mesure attaquée sur sa situation. Par conséquent, si celle-ci conduit à méconnaître des droits ou libertés fondamentaux du requérant, le juge administratif ne pourra maintenir ladite mesure dans le champ de la catégorie des mesures d'ordre intérieur¹⁴. Ainsi que

¹² CE, 30 juil. 2003 « *Ministre de la Justice c/ M. Remli* », Lebon p. 366.

¹³ Lebon p. 474 et 495.

¹⁴ Pour une application ultérieure : CE, 27 mai 2009 « *Miloudi* », req. n° 322148 (concernant une mesure de transfert d'un détenu dans un établissement situé à 800 km du domicile de sa famille mettant en cause son droit de conserver des liens familiaux) ; D. Costa, « Sur la nouvelle frontière

l'analysait donc Jean-Marc Sauvé, ces trois arrêts « s'inscrivent dans une dynamique qui résulte de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Mais, loin de se contenter de tirer les conséquences d'arrêts passés ou éventuellement à venir de cette Cour, ils ont au contraire entièrement redéfini les critères et les modalités du contrôle exercé par le juge administratif sur les mesures prises par l'administration pénitentiaire à l'égard des détenus »¹⁵.

Il y a alors tout lieu de penser que le raisonnement développé par le Conseil d'Etat dans ce cadre spécifique du milieu carcéral a vocation à s'étendre à d'autres mesures touchant les détenus¹⁶ mais pourra également concerner l'ensemble des mesures jusque-là qualifiées de mesures d'ordre intérieur et étant dès lors insusceptibles de contestation devant le juge administratif¹⁷.

B - Des obligations procédurales renouvelées

Par son intervention, le juge européen tend parfois à modifier les règles procédurales caractérisant l'organisation des juridictions administratives dans le sens d'une protection accrue

entre mesures d'ordre intérieur et acte administratif susceptible de recours en matière pénitentiaire – Note sous CE, 9 avr. 2008 », *AJDA* 2008 p. 1827.

¹⁵ J-M Sauvé, « L'avenir du modèle français de droit public en Europe », Colloque organisé par la chaire Mutations de l'action et du droit public de Science politique, 11 mars 2011.

¹⁶ Notamment les décisions relatives aux fouilles corporelles, la France ayant fait l'objet d'une condamnation par la Cour EDH le 9 juil. 2009 « *Khider c/ France* », req. n° 39364/05, § 136.

¹⁷ En ce sens : CE, 24 sept. 2010 « *Tobiana* », le juge se fonde sur la nature et l'importance des effets de la décision d'autorisation de sorties d'essai des personnes ayant fait l'objet d'une hospitalisation sur demande d'un tiers ou d'une hospitalisation d'office pour écarter la qualification de mesure d'ordre intérieur.

des droits des administrés. Plus spécifiquement, la jurisprudence européenne – et plus précisément celle issue de la Cour européenne des droits de l’homme – conduit à améliorer, de façon continue, les garanties procédurales offertes aux justiciables. Cette influence s’est particulièrement illustrée dans le dialogue parfois difficile et presque conflictuel qui s’est engagé entre juridictions européenne et française au sujet du commissaire du Gouvernement.

Cette figure de la juridiction administrative est née en 1831 en tant que ministère public sous la dénomination de commissaire du roi. Ce n’est alors que sous la Seconde République qu’il prendra le nom de commissaire du Gouvernement après l’adoption du règlement intérieur du Conseil d’Etat du 26 mai 1849. La question de l’impartialité du commissaire du Gouvernement a très tôt retenu la juridiction administrative, et ce, bien avant que les juridictions européennes n’aient à se pencher sur le sujet. Dans un arrêt « *Gervaise* »¹⁸ du 10 juillet 1957, le Conseil d’Etat affirme ainsi que le commissaire du Gouvernement « *n’est pas un représentant de l’administration* » et précise, dans un considérant de principe qui sera repris et complété par l’arrêt « *Esclatine* »¹⁹ bien des années plus tard, la mission dévolue à ce membre si particulier de la juridiction administrative. Aux termes de ces jurisprudences, le commissaire du Gouvernement a donc pour mission « *d’exposer les questions que présente à juger chaque recours contentieux et de faire connaître, en formulant en toute indépendance ses conclusions, son appréciation qui doit être impartiale sur les circonstances de fait de l’espèce et les règles de droit applicables ainsi que son opinion sur les solutions*

¹⁸ CE, 10 juil. 1957, « *Gervaise* », Lebon p. 466.

¹⁹ CE, 29 juil. 1998, « *Esclatine* », Lebon p. 320.

qu'appelle, suivant sa conscience, le litige soumis à la juridiction à laquelle il appartient ; (...) qu'il participe à la fonction de juger dévolue à la juridiction dont il est membre »²⁰. C'est alors en se fondant sur cette place reconnue au Commissaire du gouvernement que le Conseil d'Etat écartera l'application du principe du contradictoire à ce membre de la formation de jugement, dans la mesure où ce principe ne trouve à s'appliquer qu'à la seule procédure d'instruction.

Par son célèbre arrêt « *Kress contre France* » du 7 juin 2001, la Cour européenne des droits de l'homme a été amenée à se prononcer sur la conventionalité de l'institution du commissaire du Gouvernement²¹. Largement commentée, la décision a marqué les esprits comme constituant la première condamnation de la France du fait du rôle joué par le commissaire du Gouvernement au sein des juridictions administratives. Pourtant, si la Cour conclue effectivement à la méconnaissance des stipulations de l'article 6 § 1 de la Convention européenne, ce n'est que du fait de la participation du commissaire du Gouvernement au délibéré, tandis que les griefs tirés de l'absence de communication préalable des conclusions aux parties et de l'impossibilité d'y répondre lors de l'audience sont écartés par la Cour. Or, outre ce motif d'inconventionalité, la Cour tient à souligner dans les motifs de sa décision toute l'admiration qu'elle porte à l'organisation de la juridiction administrative française. Elle affirme à ce titre que « *l'existence même de la juridiction administrative peut être saluée comme l'une des conquêtes les plus éminentes d'un Etat de droit* »²². En ce qui concerne plus spécifiquement le commissaire du Gouvernement, la vision largement positive de

²⁰ Ibid.

²¹ CEDH, 7 juin 2001 « *Kress c/ France* », n° 39594/98 ; *RFDA* 2001 p. 1000 note J-L Autin et F. Sudre ; *RTDE* 2001 p. 727 note F. Benoît-Rohmer.

²² Ibid, § 69.

la Cour ne se dément pas, celle-ci estimant que « *nul n'a jamais remis en doute l'indépendance ni l'impartialité du commissaire du gouvernement, et (...) au regard de la Convention, son existence et son statut organique ne sont pas en cause* »²³. La Cour en conclut que si l'intervention du commissaire du Gouvernement à l'audience ne méconnaît pas le principe de l'égalité des armes, dans la mesure où les deux parties n'ont pas accès aux conclusions avant l'audience, ni le droit à un procès équitable, dans la mesure où les avocats des parties disposent de la faculté de demander avant l'audience le sens général des conclusions et peuvent y répliquer par une note en délibéré²⁴, il condamne en revanche l'assistance du Commissaire au délibéré sur le fondement de la théorie des apparences²⁵.

²³ Ibid, § 71.

²⁴ Sur ce point précis de la note en délibéré, la jurisprudence européenne s'est ensuite faite plus précise en précisant, par la décision « *APBP c/ France* » du 21 mars 2002, que le requérant « *doit pouvoir déposer une telle note indépendamment de la décision éventuelle du président d'ajourner l'affaire, tout en disposant d'un délai suffisant pour la rédiger* » et que la décision du Conseil d'Etat doit « *expressément viser l'existence d'une note en délibéré* ». (JCP G 2002, 1157, n° 11, chron. F. Sudre.) Comme dit précédemment, le juge administratif par l'arrêt « *Leniau* » (CE, 12 juil.2002, JCP G 2002, 1190, obs. C. Boiteau), ira au-delà de ces préconisations européennes en précisant le régime de la note en délibéré.

²⁵ « *La théorie des apparences doit aussi entrer en jeu : en s'exprimant publiquement sur le rejet ou l'acceptation des moyens présentés par l'une des parties, le commissaire du gouvernement pourrait être légitimement considéré comme les parties comme prenant fait et cause pour l'une d'entre elles. Pour la Cour, un justiciable non rompu aux arcanes de la justice administrative peut assez naturellement avoir tendance à considérer comme un adversaire un commissaire du gouvernement qui se prononce pour le rejet de son pourvoi* », Ibid § 81. (Sur ce point voir F. Sudre, « Le mystère des apparences dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *RTDH* 2009/79 pp. 633-650, spéc. p. 646-647.)

Suite à cette condamnation, le gouvernement est intervenu en édictant un décret dans lequel il énonce que « *le commissaire du gouvernement assiste au délibéré mais n'y prend pas part* »²⁶. En effet, la Cour ayant condamné la participation du Commissaire au délibéré, le Gouvernement français entendait préciser de la sorte le rôle joué par ce membre de la juridiction lors du procès et ainsi mettre fin à toute impression de partialité dans l'esprit des justiciables. Cependant, la réaction de la Cour européenne des droits de l'homme ne s'est pas fait attendre, celle-ci jugeant le texte susvisé incapable de satisfaire aux exigences énoncées par la Convention et notamment son article 6 relatif au droit au procès équitable.

Ainsi, dans son arrêt « *Martinie* » la Cour entend clarifier ou, tout du moins, réaffirmer avec force sa jurisprudence « *Kress* » en précisant que « *si dans le dispositif de l'arrêt Kress elle indique conclure à la violation de l'article 6 § 1 de la Convention en raison de la participation du commissaire du Gouvernement au délibéré (...), il est fait usage dans la partie opérationnelle de l'arrêt tantôt de ce terme, tantôt de celui de présence ou encore des termes assistance ou assiste ou assister au délibéré. (...) L'arrêt Kress condamne la seule présence du commissaire du Gouvernement au délibéré, que celle-ci soit active ou passive* »²⁷. Face à cette nouvelle condamnation, le Gouvernement français adopta un nouveau décret le 1^{er} août 2006 dans lequel il indique que le commissaire du Gouvernement ne prend plus part au délibéré au sein des Tribunaux administratifs et Cours administratives d'appel tandis

²⁶ Décret n° 2005-1586 du 19/12/2005 modifiant la partie réglementaire du Code de justice administrative, article 6.

²⁷ CEDH, 12 avr. 2006 « *Martinie c/ France* », n° 58675/00, § 53 ; *RFDA* 2006 p. 577 note L. Sermet ; *AJDA* 2006 p. 986 note F. Rolin. Voir aussi CEDH 5 juil. 2005 « *Loyen c/ France* », *JCP G* 2006 II 10016 note L. Poulet.

que pour le Conseil d'Etat, il persiste à y assister sauf demande expresse contraire de l'une des parties au procès²⁸.

Après cette incursion nécessaire des autorités gouvernementales, le dialogue entre les juridictions pu reprendre sur une base plus « pacifiée ». En effet, le juge administratif a eu à se prononcer sur la conventionalité de ce décret de 2006 qui était contesté au regard des stipulations de l'article 6-1 de la Convention européenne. Par une décision du 25 mai 2007, le Conseil d'Etat a néanmoins validé le dispositif en considérant que ledit décret permettait au contraire de mettre la réglementation française en conformité avec les stipulations de la Convention et l'interprétation qu'en donne la Cour européenne²⁹.

Le compromis ainsi dégagé entre la position initiale de la Cour européenne et celle retenue par le juge administratif à l'aune du décret du 1^{er} août 2006 a alors finalement été entériné par la Cour européenne en 2009 dans sa décision « *Etienne c/ France* »³⁰. En relevant que la requérante avait été « *informée préalablement à l'audience de la possibilité de demander que le commissaire du Gouvernement n'assiste pas au délibéré* » et

²⁸ Décret n° 2006-964 du 1^{er} août 2006 modifiant la partie réglementaire du Code de justice administrative, JORF n° 178 du 3/08/2006 p. 11570 ; F. Sudre « *Vers la normalisation des relations entre le Conseil d'Etat et la Cour européenne des droits de l'homme* », RFDA 2006 p. 286.

²⁹ CE, 25 mai 2007 « *Courty* », n° 296327 : « *que le décret attaqué a ainsi entendu assurer le respect des exigences découlant du droit à un procès équitable ; que, dès lors qu'il a prévu la possibilité pour le justiciable d'être mis à même d'exercer effectivement son droit en s'opposant à la présence du commissaire du Gouvernement au délibéré, le décret attaqué, loin de porter atteinte aux garanties prévues par l'article 6 § 1 de la Convention telle qu'interprétée par la Cour européenne des droits de l'homme, a contribué à les renforcer* ».

³⁰ CEDH 15 sept. 2009 « *Etienne c/ France* », n° 11396/08.

qu'aucun obstacle ne l'ayant empêché de faire usage de cette faculté, elle y a simplement renoncé, « *la décision Etienne signe l'euro-compatibilité du rapporteur public, mettant fin à une saga qui n'avait que trop duré* »³¹. Le point final de cette « saga » reviendra malgré tout au Gouvernement qui, par le décret du 7 janvier 2009, semble se soumettre à la théorie des apparences chère à la juridiction européenne en substituant l'appellation de rapporteur public à celle de commissaire du Gouvernement sujette à controverse³².

Outre cette question hautement symbolique de la place et du rôle accordé au commissaire du Gouvernement, le juge administratif a entendu largement les préconisations européennes en octroyant de nouvelles garanties aux justiciables dans le cadre de cette procédure juridictionnelle administrative. Le juge administratif a ainsi pu reconnaître une obligation pour le rapporteur public de communiquer le sens de ses conclusions avant l'audience³³ ou encore l'impossibilité pour lui de modifier le sens général des conclusions à l'audience sans en informer au préalable les parties³⁴.

En agissant de la sorte, le juge administratif n'hésite pas à soumettre l'un de ses membre à des obligations procédurales contraignantes et ce afin de renforcer les droits et garanties offerts aux justiciables tels que notamment reconnus par la

³¹ H. Labayle, F. Sudre, J. Andriantsimbazovina, L. Sermet, « Droit administratif et Convention européenne des droits de l'homme », *RFDA* 2010 p. 587.

³² Décret n° 2009-14 du 7/01/2009 relatif au rapporteur public des juridictions administratives et au déroulement de l'audience devant ces juridictions, *JORF* 8/01/2009 texte n°8.

³³ CE, 26 avr. 2006, « *M. Daubernard* », Req. n° 265039.

³⁴ CE, 5 mai 2006, « *Société Mullerhof* », Req. n° 259957.

Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et interprétés par la Cour européenne.

§ II – L'EMPREINTE MATERIELLE DE LA JURISPRUDENCE EUROPEENNE : LE RENFORCEMENT DES DROITS RECONNUS AUX ADMINISTRÉS

D'un point de vue matériel, l'influence du dialogue des juges sur le mouvement de rééquilibrage de la relation administration-administrés se manifeste de deux façons distinctes. En effet, ainsi que le souligne Yves Jégouzo, « *en quelques années, le juge administratif a dû apprendre à vivre dans un environnement juridique international qui constitue pour lui à la fois une contrainte forte mais aussi un facteur constant de renforcement de ses pouvoirs et de son rôle* »³⁵. C'est alors notamment grâce à un tel dialogue qu'il a pu étendre ses pouvoirs dans le sens d'une protection accrue des administrés (A). D'autre part, la réception de la jurisprudence européenne par le juge administratif national se concrétise par un accroissement des garanties offertes aux individus (B).

A - L'extension des pouvoirs reconnus au juge administratif

De façon contemporaine, les pouvoirs du juge administratif tendent à se développer ou, plus exactement, à se diversifier de façon à conférer à ce juge de la légalité des actes administratifs des possibilités d'action variées, empruntées de pragmatisme. Or, ce pragmatisme qui caractérise l'évolution du rôle du juge dans

³⁵ Y. Jégouzo, « *Le bilan jurisprudentiel 1994-2004* » in « Le juge administratif et l'Europe: le dialogue des juges – Actes du colloque du 50^{ème} anniversaire des tribunaux administratifs », p. 22, PUG 2004.

le contentieux administratif, semble directement induit par une volonté de renforcer les droits reconnus aux administrés dans leurs relations avec l'administration. En effet, si le juge diversifie ses pouvoirs c'est pour être en mesure de répondre efficacement aux attentes des justiciables, autrement dit d'assurer le respect du principe de légalité tout en sauvegardant la situation des tiers ou, plus généralement, en s'assurant que l'application de ses décisions n'ait pas des conséquences trop graves au regard des différents intérêts en présence. Ainsi, la préservation de la légalité n'est plus nécessairement la priorité du juge administratif celui-ci consentant à anticiper les répercussions de son intervention afin d'éviter au maximum que celle-ci ne conduise à détériorer qu'un peu plus la situation soumise à son contrôle.

Le recours au principe de sécurité juridique s'est alors révélé capital, celui-ci permettant de justifier les libertés prises par le juge avec le respect du principe de légalité. Si le concept même de sécurité juridique a toujours guidé de façon implicite l'action du juge administratif, il n'a été explicitement reconnu en tant que véritable principe que récemment³⁶. Au contraire, les juges européens ont quant à eux entendu conférer très tôt au principe une visibilité et une importance particulière. Ainsi dès 1962, la Cour de justice des communautés européennes érige la sécurité juridique en principe général du droit communautaire³⁷, tandis que la Cour européenne des droits de l'homme la qualifiait en 1979 de principe nécessairement inhérent aux droits de la Convention comme au droit communautaire³⁸.

Or, c'est au regard de ces considérations de sécurité juridique que le juge administratif va, dans la mouvance initiée

³⁶ CE Ass., 24 mars 2006, « *KPMG* », Lebon p. 154.

³⁷ CJCE, 6 avr. 1962, « *Bosch* », Aff. 13-61, Rec. p. 89.

³⁸ CEDH, 13 juin 1979, « *Marckx c/ Belgique* », n° 6833/74, § 58.

par le juge communautaire, accepter de moduler dans le temps les effets de ses décisions juridictionnelles. En effet, dans sa célèbre décision « *Association AC !* » en date du 11 mai 2004, le Conseil d'Etat affirme que si l'effet rétroactif de l'annulation « *est de nature à emporter des conséquences manifestement excessives en raison tant des effets que cet acte a produit et des situations qui ont pu se constituer lorsqu'il était en vigueur que de l'intérêt général pouvant s'attacher à un maintien temporaire de ses effets, il appartient au juge administratif (...) de prendre en considération, d'une part les conséquences de la rétroactivité de l'annulation pour les divers intérêts ou publics en présence et, d'autre part, les inconvénients que présenterait, au regard du principe de légalité et du droit des justiciables à un recours effectif, une limitation dans le temps des effets de l'annulation* »³⁹.

La filiation de ce revirement de jurisprudence avec le droit communautaire ressort assez nettement des conclusions du Commissaire du gouvernement Devys rendues sur ladite décision. En effet, après avoir constaté le caractère disproportionné des conséquences d'une décision d'annulation, le commissaire du Gouvernement propose à la formation de jugement de s'engager sur la voie de la modulation dans le temps des effets de la décision en s'appuyant pour cela sur « *de nombreux exemples de droit comparé et, au premier chef, du droit communautaire* »⁴⁰. En effet, l'article 231 du Traité instituant la Communauté européenne permettait au juge de la Cour de justice de décider si ses décisions d'annulation des règlements communautaires devaient prendre effet dès l'origine ou seulement pour l'avenir. Mais, et comme le fait remarquer le

³⁹ CE 11 mai 2004, « *Association AC ! et autres* », req. n° 255866.

⁴⁰ C. Devys, concl sous CE 2004 « *Association AC ! et autres* », *RFDA* 2004 p. 454.

Commissaire du gouvernement, si le juge communautaire se voit conférer un tel pouvoir par un texte exprès, il n'en reste pas moins qu'il en a fait une interprétation extensive en en faisant usage non seulement lorsqu'étaient en cause des règlements mais aussi des directives⁴¹, des décisions⁴² ou encore le budget des communautés⁴³. De cette façon, la jurisprudence communautaire a incontestablement influencé le revirement de jurisprudence opéré par le Conseil d'Etat, le juge administratif revenant sur un principe affirmé dès 1925 et jamais démenti jusqu'à lors⁴⁴.

Outre ces variations désormais admises en ce qui concerne la portée des décisions juridictionnelles, le juge administratif va étendre ses pouvoirs en se saisissant, à l'occasion de sa mission de contrôle de la légalité des actes administratifs, de normes de références jusque là écartées. En effet, suivant en cela de façon bien tardive les préconisations de la Cour de justice, le Conseil d'Etat va opérer un important revirement de jurisprudence en acceptant que les administrés se prévalent à l'encontre d'un acte non réglementaire des dispositions précises et inconditionnelles d'une directive qui n'aurait pas été transposée dans les délais en droit interne⁴⁵.

Or, le juge administratif avait expressément écarté une telle possibilité dès 1978 dans l'affaire « *Cohn Bendit* » par laquelle il refusait de reconnaître le moindre effet direct aux directives⁴⁶. Ce faisant, il entraînait en contradiction directe avec la position

⁴¹ CJCE 7 juil. 1992 « *Parlement contre Conseil* », Aff. 295/90, Rec. p. 4616.

⁴² CJCE 28 mai 1990 « *Parlement contre Conseil* », Aff. C-22/96, Rec. I p. 3231.

⁴³ CJCE 3 juil. 1986 « *Conseil contre Parlement* », Aff. 34/86, Rec. p. 2155.

⁴⁴ CE, 26 déc. 1925 « *Rodière* », req. n° 88369.

⁴⁵ CE Ass. 30/ oct. 2009 « *Perreux* », req. n° 298348.

⁴⁶ CE Ass. 22 déc. 1978, p. 524.

exprimée par la Cour de justice des communautés européennes qui estimait que, pour éviter tout risque de vide juridique qui résulterait d'une absence de transposition par les autorités nationales, les dispositions précises et inconditionnelles des directives produisent des effets directs⁴⁷. La Cour avait ensuite confirmé et précisé cette jurisprudence en définissant les conditions dans lesquelles les dispositions d'une directive communautaire étaient susceptibles de produire un effet direct. Dans sa décision « *Ministère public contre Ratti* » en date du 5 avril 1979, la Cour soumet en effet cet effet direct à l'absence de transposition de la directive dans les délais impartis ainsi qu'au caractère précis et inconditionnel de ses dispositions⁴⁸. Par la suite, dans l'arrêt « *Ursula Becker* » du 19 janvier 1982, La Cour de justice des communautés européennes a précisé ce que recouvrait l'expression de caractère précis et inconditionnel en énonçant que les dispositions précises sont celles qui énoncent des obligations en des termes non équivoques tandis que les dispositions inconditionnelles formulent un droit ou une obligation qui n'est assorti d'aucune condition ni subordonné, dans son exécution ou ses effets, à un acte des institutions de l'Union ou de l'Etat membre⁴⁹.

Si le juge administratif s'est finalement rallié à la position ainsi développée par la Cour, il semble néanmoins que le dialogue entre juge européen et juge administratif ne soit pas seul à l'œuvre en la matière, la jurisprudence constitutionnelle ayant très certainement contribué à un tel revirement de jurisprudence. En effet, dans une décision du 10 juin 2004 le Conseil Constitutionnel a précisé que la transposition des directives communautaires relève d'une exigence

⁴⁷ CJCE 4 déc. 1974, « *Van Duyn c/ Home Office* », Aff. 41/74.

⁴⁸ CJCE, 5 avr. 1979, « *Ministère public c/ Ratti* », Aff. 148/78.

⁴⁹ CJCE, 19 janv. 1982, « *Ursula Becker* », Aff. 8/81, Rec. p. 53.

constitutionnelle qui résulte des dispositions de l'article 88-1 de la Constitution⁵⁰. Dans ces conditions, les autorités nationales qui ne procèdent pas à une telle transposition dans les délais impartis méconnaissent les prescriptions constitutionnelles. Par conséquent, pour éviter une telle violation des dispositions constitutionnelles, le juge administratif va désormais reconnaître l'effet de ces directives non transposées, se ralliant de la sorte à la jurisprudence communautaire sans pour autant passer sous silence le fondement constitutionnel conféré à l'obligation de transposition.

Ainsi que le résume Florence Chaltiel « *en cherchant à soumettre toujours davantage les autorités publiques au droit, au bénéfice du droit européen et de la protection des droits des individus, le juge administratif, voit ses pouvoirs augmenter* »⁵¹. Or, outre les pouvoirs mêmes du juge, ce sont les garanties offertes aux administrés qui se trouvent accrues.

B - L'amélioration des garanties offertes aux individus

D'après une formule empruntée à Jean Rivero, « *le juge est fait pour le justiciable et non le procès pour le juge* ». Or, c'est précisément dans une telle optique que le dialogue des juges va avoir pour effet de permettre au juge administratif d'étendre les droits substantiels reconnus aux administrés. Le phénomène s'est largement manifesté dans le cadre de la police des étrangers, par réception et transposition constructive des exigences résultant des articles 3 et 8 CEDH (des risques

⁵⁰ CC n° 2004-496 DC.

⁵¹ F. Chaltiel, « Le juge administratif et l'Europe: le dialogue des juges – Actes du colloque du 50^{ème} anniversaire des tribunaux administratifs », p. 278, PUG 2004.

individuels de nature et d'origine diverses étant invocables à l'encontre des décisions administratives fixant le pays de renvoi de l'étranger au titre du droit de ne pas subir de traitements inhumains ou dégradants ; le droit au respect de la vie privée et/ou familiale pouvant être opposé à une large gamme de mesures)⁵². Mais cette conséquence du dialogue des juges peut se mesurer aussi d'une part à l'encadrement des possibilités de recours à la force publique par les autorités publiques et, d'autre part, à la consolidation des droits patrimoniaux des agents publics.

Les droits des administrés vont donc tout d'abord se renforcer, sous l'influence de la jurisprudence européenne, en matière d'utilisation de la force publique et plus précisément en ce qui concerne l'usage par ces dernières des armes à feu dans le cadre de leurs fonctions. C'est à l'occasion de l'utilisation par les membres de la police nationale de pistolets à impulsion électrique que les garanties offertes aux administrés en la matière seront étendues par la jurisprudence administrative. Ainsi en 2004, dans son affaire « *Makaratzis contre Grèce* », la Cour européenne des droits de l'homme a établi une jurisprudence particulièrement protectrice des droits des administrés et, par conséquent, encadrant strictement les modalités du recours à la force publique⁵³. Sur le fondement du droit à la vie tel que proclamé à l'article 2 de la Convention, la Cour dégage une obligation mise à la charge des Etats de « *contrôler et limiter de façon stricte les circonstances dans lesquelles les agents de l'Etat sont autorisés à infliger la mort* ». En outre, l'Etat doit également « *fournir une information et des instructions adéquates à ceux de ses agents qui peuvent porter*

⁵² V. sur ce point les développements de G. Rusu et B. Belda, Partie II, chap. 1, spéc. p. 212, 218, 234 et 249 et s.

⁵³ CEDH, 20 déc. 2004 « *Makaratzis c/ Grèce* », Req. n° 50385/99.

des armes et avoir recours à la force »⁵⁴. La Cour en conclut que « *le non-encadrement par des règles et l'abandon à l'arbitraire de l'action des agents de l'Etat sont incompatibles avec un respect effectif des droits de l'homme* »⁵⁵. La Cour a encore précisé cette jurisprudence deux ans plus tard toujours dans le sens d'une protection accrue des droits des administrés face à la force publique. Cette fois, sur le fondement de l'article 3 de la Convention dont les stipulations prohibent la torture et les traitements inhumains ou dégradants, la Cour précise que l'usage des armes à feu ne sera jugé légitime que « *si le recours à la force était strictement nécessaire et proportionné* »⁵⁶. Enfin, dans l'affaire « *Perk et autres contre Turquie* » en date du 28 mars 2006, la Cour étend ces critères de nécessité et de proportionnalité au contrôle du respect des stipulations de l'article 2 de la Convention⁵⁷.

Or, dans un arrêt en date du 2 septembre 2009, le Conseil d'Etat va transposer une telle jurisprudence dans le cadre d'un contentieux relatif à la contestation de refus d'abrogation d'un arrêté et d'un décret consacrés aux modalités d'utilisation des pistolets à impulsion électrique par les agents de la police municipale⁵⁸. En effet, le juge administratif va affirmer à l'occasion de cette décision que l'emploi de la force publique doit « *en tout état de cause, rester absolument nécessaire et proportionnée* ». Plus précisément, en écho aux principes dégagés par la Cour européenne des droits de l'homme, il énonce que le refus d'abrogation n'est pas infondé dès lors qu'il

⁵⁴ Ibid § 34.

⁵⁵ Ibid § 58.

⁵⁶ CEDH, 23 fév. 2006 « *Tzekov c/ Bulgarie* », § 64, Req. n° 45500/99.

⁵⁷ CEDH, 28 mars 2006 « *Perk et autres c/ Turquie* », § 55, Req. n° 50739/99.

⁵⁸ CE, 2 sept. 2009 « *Association réseau d'alerte et d'intervention pour les droits de l'homme* », Req. n° 318584 et 321715.

« résulte du cadre juridique d'emploi des pistolets à impulsion électrique au sein de la police nationale (...) que leur utilisation doit demeurer limitée aux hypothèses légales énumérées par l'instruction d'emploi du 9 mai 2007 et, en tout état de cause, rester absolument nécessaire et proportionnée ». Un tel positionnement du juge administratif atteste donc d'un alignement de sa position sur la jurisprudence européenne. Dans ces conditions, il s'en remet donc à l'appréciation donnée par la Cour quant aux stipulations de l'article 2 de la Convention.

Le contentieux relatif au versement de pensions par les autorités publiques a par ailleurs été l'occasion pour le dialogue des juges de s'exprimer au profit des agents de l'administration – et ce sur des fondements divers. En admettant l'applicabilité en la matière des articles 6§1 de la Convention et 1 Protocole I, conformément aux interprétations autonomes de la Cour européenne des droits de l'homme, le juge administratif a d'abord pu contribuer à préserver les droits patrimoniaux des fonctionnaires, face à des lois rétroactives ou de validation⁵⁹.

En faisant application des principes européens de non-discrimination, en fonction du sexe ou de la nationalité pour dénoncer certaines exclusions du bénéfice des pensions ou même certaines limitations quant au montant perçu par les

⁵⁹ CE, Ass., 11 juil. 2001, « *Ministre de la défense c/ Préaud* », *RFDA*, 2001, p. 1047, concl. C. Bergeal (incompatibilité avec l'article 1 Protocole I – l'article 6 étant jugé inapplicable conformément à la jurisprudence Pellegrin de la Cour de Strasbourg – d'une loi de validation excluant les primes de qualification et de service de la rémunération des personnels militaires en service à l'étranger) ; CE, avis, 27 mai 2005, *Provin*, *AJDA*, 2005, p. 1455, chron. C. Landais et F. Lenica (inapplicabilité des dispositions d'une loi conférant un effet rétroactif aux nouvelles conditions déterminant le droit des fonctionnaires parents de trois enfants à retraite anticipée avec jouissance immédiate de pension).

bénéficiaires, il a surtout contribué à étendre lesdits droits⁶⁰. Il faut à cet égard rappeler que suite à la décision « *Griesmar* » de la Cour de justice des communautés européennes, constatant une méconnaissance du principe de l'égalité de rémunérations entre hommes et femmes⁶¹, le Conseil d'Etat a étendu aux fonctionnaires masculins le bénéfice du système - jusque-là réservé aux fonctionnaires féminins - de la bonification d'ancienneté d'un an par enfant dans le calcul des pensions de retraite⁶². De même, convient-il de souligner encore la forte incidence du droit de la Convention sur le régime des pensions octroyées soit aux militaires à la retraite résidant dans les territoires ayant autrefois été des possessions françaises, soit à leurs ayants-droits, puisque non seulement le contrôle de conventionnalité interne (exercé par le juge administratif sur le fondement des articles 14 et 1 Protocole I) a conduit à écarter les dispositifs initiaux de cristallisation et de suspension des pensions en tant qu'ils étaient porteurs de discrimination en fonction de la nationalité⁶³, mais il a permis plus récemment de relayer le contrôle de constitutionnalité a posteriori⁶⁴, pour donner toute sa portée temporelle au principe d'égalité⁶⁵.

⁶⁰ Sur ces différents contentieux, v. supra B. Belda, Partie II, chap. 1, spéc. p. 229 ; C. Picheral, Partie III, chap. 1, spéc. p. 373 et F. Dupret, Partie I, chap. 1, p. 70 et s.

⁶¹ CJCE, 29/11/2001 « *Joseph Griesmar* », C-366/99.

⁶² CE, 29/07/2002 « *Griesmar* », Lebon p. 284 ; CE 6/02/2006 « *Wessang* », Lebon p. 59.

⁶³ CE Ass., 30/11/2001 « *Diop* », n° 212179 et 212211 et CE Avis, 18/07/2006 « *KA* » Lebon p. 349.

⁶⁴ CC, 28/05/2010 n° 2010-1 QPC, AJDA 2010 p. 1606 ;

⁶⁵ CE Ass. 13/05/2011 « *M. et Mme Rida* » n° 316734, AJDA 2011 p. 988, RFDA 2011 p. 789 concl. Geffray.

Le dialogue des juges et l'influence de la jurisprudence européenne tend ainsi à marquer avec toujours plus de force la jurisprudence administrative dans le sens d'un rééquilibrage de la relation entre administration et administrés, ces derniers devenant les bénéficiaires indirects d'un échange informel entre juridictions nationales et juridictions européennes. A l'inverse, cette influence ne semble être que bien relative en ce qui concerne le risque annoncé d'un phénomène de banalisation du droit administratif.

SECTION II – L'IMPACT RELATIF DU DIALOGUE DES JUGES QUANT AU RISQUE DE BANALISATION DU DROIT ADMINISTRATIF

Souvent dénoncé comme étant la cause d'une banalisation du droit administratif qui, sous son influence serait voué à disparaître, le droit européen ne bénéficie pas d'un *a priori* particulièrement favorable parmi les juristes nationaux – de sorte que le dialogue des juges lui-même pourrait faire l'objet d'une certaine suspicion en tant que vecteur de cette influence ressentie comme « délétère ». Pourtant, il semble que la charge que l'on fait ainsi peser sur le droit européen ne soit disproportionnée et les craintes exagérées dans la mesure où, si banalisation il y a, celle-ci ne saurait résulter exclusivement des influences européennes (§ I), tandis que le dialogue des juges apparaît finalement assez peu enclin à remettre en cause le caractère exorbitant du droit administratif (§ II).

§ I – DES INFLUENCES EUROPEENNES NON EXCLUSIVES

L'influence européenne n'est pas seule à l'œuvre dans les évolutions que connaît le droit administratif et, plus spécifiquement, dans le mouvement tendant à accroître les droits

des administrés. En effet, celui-ci reste également perméable aux influences du droit privé (B) ou doit son évolution à la volonté du juge administratif français soucieux d'assurer une bonne administration de la justice en dehors des seules préconisations européennes (A).

A - Des évolutions dues aux interventions du juge administratif lui-même

Ainsi que le soulignait Bernard Stirn, « *s'il y a une influence considérable du droit communautaire et du droit européen sur le fond du droit administratif, comme dans les procédures contentieuses, (...), on peut aisément constater aussi une réelle contribution des juges administratifs nationaux à la confection d'un espace européen de liberté, de sécurité et de justice. Cette contribution n'est possible que parce qu'elle s'appuie sur le dialogue des juges en Europe* ». Le juge administratif participe donc lui-même au mouvement de modernisation du droit administratif par sa propre jurisprudence, que celle-ci s'inspire des exemples étrangers, qu'elle lui soit propre ou qu'elle reprenne des concepts européens sans vouloir s'y référer afin de lui préférer son équivalent national. Ainsi, le dialogue entre juges européens et juge administratif national n'est pas seul à l'œuvre en la matière, les influences étrangères étant de plus en plus prégnantes même si elles ne sauraient avoir la même autorité que celle accordée aux jurisprudences européennes. Néanmoins, il semble nécessaire de remarquer avec Jean-Bernard Auby que, « *dans le melting-pot juridique européen, les droits administratifs subissaient de croissants effets de fertilisation réciproque et de convergence : plus grande reconnaissance de valeurs communes en matière de droits fondamentaux, adoption croissante d'une perception commune des questions de droit administratif économique, mais aussi*

diffusion de techniques de contrôle juridictionnel, de standards de procédure administrative non contentieuse »⁶⁶. Dans cette optique, le Conseil d'Etat entend favoriser et accroître le rayonnement international du droit français par une coopération et un dialogue avec les juges étrangers. Ainsi le dialogue des juges n'est pas qu'une technique tendant à soumettre le juge administratif aux préconisations européennes mais aussi un moyen pour ce dernier d'assurer la promotion du droit administratif français. Par conséquent, et contrairement à la présentation qui en est généralement faite, le dialogue devient un élément d'émancipation et non de soumission.

Ainsi, le Conseil d'Etat affirme sa volonté d'indépendance lorsqu'il défend l'idée selon laquelle « *il s'agit aussi désormais de défendre une certaine diversité culturelle en évitant l'importation non maîtrisée dans notre droit de notions ou de concepts qui lui sont étrangers ou, à l'inverse, en facilitant la diffusion de nos concepts dans les autres droits nationaux par leur adoption au niveau international. (...) Mettre en valeur notre législation, les idées qui l'inspirent et les concepts qui la sous-tendent, défendre notre conception du droit est indispensable pour garantir que la décision juridictionnelle (...) résulte d'un choix ou le cas échéant d'un effort de synthèse suffisamment éclairé entre différentes solutions* »⁶⁷.

Pour marquer son indépendance et, par voie de conséquence, son attachement aux spécificités du droit administratif, le juge administratif fera prévaloir la norme nationale sur la norme européenne lorsque celle-ci existe. Sans vouloir revenir sur une stratégie déjà évoquée de

⁶⁶ J-B Auby, « La bataille de San Romano - Réflexions sur les évolutions récentes du droit administratif », *AJDA* 2001 p. 912.

⁶⁷ Conseil d'Etat, Section du Rapport et des Etudes, *L'influence internationale du droit français*, La Documentation française, 2001 p. 13.

renationalisation⁶⁸, il est ainsi permis de rappeler que dans l'arrêt d'assemblée « *Société Labor Metal* » du 23 février 2002, le Conseil d'Etat utilise par exemple le principe d'impartialité tel qu'il est reconnu et protégé en droit interne, préférant un tel fondement juridique à l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, et ce afin de sanctionner un arrêt de la Cour des comptes au motif que l'affaire jugée avait été préalablement évoquée dans le rapport public de la Cour⁶⁹. Dans certains cas, le juge administratif va se fonder à la fois sur les normes européennes et sur les normes nationales mêlant les deux fondements juridiques pour assurer la protection d'un seul et même principe. Ainsi, dans son arrêt « *Magiera* » du 28 juin 2002, le Conseil d'Etat se fonde tant sur les articles 6 et 13 de la Convention européenne que sur « *les principes gouvernant le fonctionnement des juridictions administratives* » afin d'apprécier la responsabilité de l'Etat en matière de délai raisonnable de jugement⁷⁰.

En outre, le juge administratif va parfois au-delà de la protection accordée par le juge européen, attestant alors d'une extension des droits reconnus aux administrés en dehors de toute contrainte européenne. En ce qui concerne précisément le droit à un délai raisonnable de jugement, le Conseil d'Etat a par exemple pu engager la responsabilité de l'Etat sur ce fondement alors même que l'affaire n'avait pas encore été jugée au fond⁷¹. Les influences sont alors mêlées, la Cour européenne des droits de l'homme ayant établi en 2006 une présomption de préjudice

⁶⁸ Voir C. Nivard, Partie II, Chapitre II, spéc. p. 334 et s.

⁶⁹ CE, 23 fév. 2002 « *Société Labor Metal* », *La Revue administrative* n° 319 p. 30.

⁷⁰ CE Ass., 28 juin 2002 « *Garde des Sceaux, Ministre de la justice contre Magiera* », req. n° 239575.

⁷¹ CE, 25 janv. 2006 « *SARL Potchou et autres* », n° 284013.

moral en cas de non-respect du délai raisonnable de jugement⁷², le juge administratif reprenant à son compte une telle jurisprudence en énonçant que « *la durée excessive d'une procédure résultant du dépassement du délai raisonnable pour juger l'affaire est présumée entraîner, par elle-même, un préjudice moral dépassant les préoccupations habituellement causées par un procès, sauf circonstances particulières en démontrant l'absence* »⁷³.

Le juge administratif est donc largement impliqué dans le phénomène de rééquilibrage de la relation administration-administrés et les influences jurisprudentielles deviennent alors réciproques (même si l'influence de la jurisprudence nationale s'affiche modérément dans la motivation des juges européens⁷⁴). Ainsi que l'établissait la Section du rapport et des études du Conseil d'Etat, il est « *rare qu'un système prévale complètement sur l'autre : le plus souvent, la compétition juridique produit un mélange des solutions nationales, soit par volonté de compromis lors des négociations internationales, soit par sélection des solutions ponctuelles les plus efficaces, soit par l'action des hommes et du hasard. La compétition juridique se traduit donc par un jeu d'influences entre différentes formes de légitimité : celle des Etats souverains, mais également celle de tous les acteurs qui composent la société internationale* »⁷⁵. Par extension, une telle analyse pourra inclure les jurisprudences européennes qui, plus encore que les solutions dégagées par les juges étrangers, sauront s'adapter voire s'enrichir au contact des spécificités nationales.

⁷² CEDH Gr. Ch. 29 mars 2006, "*Apicella contre Italie*", 64699/01.

⁷³ CE, 19 cot. 2007 « *Blin* », Req. n° 296529.

⁷⁴ Voir sur ce point A. Schamaneche, Partie I, Chapitre 2, spéc. p. 157 et s..

⁷⁵ Conseil d'Etat, Section du Rapport et des Etudes, *L'influence internationale du droit français*, La Documentation française, 2001 p. 17.

Si le juge administratif national, par les solutions innovantes qu'il dégage, prend une part active au mouvement d'affirmation des droits des administrés face à l'administration, ce dernier doit également beaucoup au droit privé dans lequel il puise certaines de ses inspirations.

B - Des évolutions directement inspirées des mécanismes de droit privé

La jurisprudence administrative tendant à rééquilibrer les rapports entre l'administration et les administrés procède non seulement des initiatives propres au juge administratif, des influences internationales et européennes mais aussi d'emprunts effectués au sein des mécanismes de droit privé. Ainsi que le soutenait Grégoire Bigot dans sa thèse, « *les progrès accomplis par le droit administratif au siècle dernier sont en grande partie fonction des sollicitations de la jurisprudence judiciaire* »⁷⁶. L'accès au juge administratif a ainsi pu être largement renouvelé par la transposition en contentieux administratif de procédures issues du droit privé.

La rénovation et la création de procédures de référés d'urgence⁷⁷ devant le juge administratif atteste par exemple de

⁷⁶ G. Bigot, *L'autorité judiciaire et le contentieux de l'administration – Vicissitudes d'une ambition, 1800-1872*, LGDJ 1999 p. 492.

⁷⁷ S'agissant d'autres voies de droit, le droit communautaire a naturellement pu contribuer à développer l'offre proposée aux administrés en incitant à la création de référés spécialisés tels que ceux institués d'abord dans le cadre pré-contractuel, puis plus récemment dans le cadre contractuel. Cependant, ce n'est pas le dialogue des juges qui se trouve à l'œuvre dans une telle hypothèse, la procédure ayant été imposée par différentes directives transposées en droit interne par le législateur. Les juges, tant nationaux que de la Cour de justice de l'Union européenne, n'interviennent alors qu'en tant qu'instrument de mise en œuvre et de garantie de ces droits nouveaux et non comme créateurs de droits et de garanties au profit des administrés.

cette influence directe du droit privé sans que la jurisprudence n'ait été précurseur en la matière. La loi du 30 juin 2000 a ainsi réformé en profondeur les procédures d'urgence devant le juge administratif en raison des graves lacunes de la procédure de sursis à exécution ne donnant nullement satisfaction aux administrés dans le cadre de l'urgence. Face à une telle inefficacité de la justice administrative, le justiciable se tourna vers le juge judiciaire par une instrumentalisation du procédé de la voie de fait. Disposant quant à lui de procédures rapides et accessibles, le juge judiciaire intervenait donc de plus en plus fréquemment dans un contentieux qui n'aurait jamais dû, en toute logique, relever de sa compétence.

L'influence privatiste est alors particulièrement prégnante en la matière, le législateur ayant entendu doter le juge administratif de pouvoirs d'intervention analogues à ceux de son homologue judiciaire. Or, et comme le souligne Yves Jégouzo, « *même si cette réforme est l'œuvre de la loi, il s'agit d'une part, d'un texte que le Conseil d'Etat a fortement inspiré et, d'autre part, d'une réforme dont sa jurisprudence a assuré, si l'on peut dire, le service après-vente visant à lui en donner toute sa portée et cela avec une promptitude qui doit être soulignée* »⁷⁸. La création du référé suspension, du référé liberté ou du référé conservatoire et leur réception par les juridictions administratives ont donc largement contribué à renforcer le droit des administrés dans leur accès au juge.

Certes, le juge européen ne reste pas absent d'un tel système dès lors qu'une fois ces procédures créées, il va être amené à se prononcer sur l'étendue des droits ainsi accordés aux administrés. Dans son arrêt « *Gebremedhin contre France* », la

⁷⁸ Y. Jégouzo, *Le bilan jurisprudentiel 1994-2004* in Lukaszewicz & Oberdorff dir., *Le juge administratif et l'Europe: le dialogue des juges – Actes du colloque du 50^{ème} anniversaire des tribunaux administratifs*, PUG 2004.

Cour européenne des droits de l'homme sanctionne par exemple la procédure du référé liberté créée par la loi du 30 juin 2000 dès lors que, dépourvue de tout effet suspensif, elle porte atteinte au droit au recours effectif⁷⁹. Le dialogue intervient alors à la marge, de façon ponctuelle tel un correctif destiné à améliorer voire à affiner les dispositifs clairement issus du droit national. Dans ces conditions, l'influence européenne paraît loin d'être aussi déterminante que celle exercée par le droit privé sur lequel le législateur a clairement pris modèle.

Le droit de la responsabilité administrative, très fortement marqué ces dernières années par les évolutions issues de la jurisprudence européenne notamment en matière de mise en cause de la responsabilité de l'Etat dans le cadre de l'exercice de ses fonctions régaliennes, reste également largement influencé par la jurisprudence judiciaire.

L'influence du juge judiciaire dans les évolutions du droit administratif de la responsabilité se manifeste de façon particulièrement prégnante dans le cadre de la mise en cause de la responsabilité des personnes publiques en cas de dommages causés par des mineurs. Si depuis 1997 la Cour de cassation appliquait un régime de responsabilité sans faute aux dommages causés par les mineurs bénéficiant d'une mesure d'assistance éducative⁸⁰, il existait une divergence de jurisprudence selon que le mineur avait été confié à une personne privée auquel cas s'appliquait un régime de responsabilité sans faute ou selon que le mineur avait été confié à une personne publique auquel cas s'appliquait un régime de responsabilité pour faute⁸¹. Cet état de fait n'aurait su perdurer puisqu'il revenait à régler de façon

⁷⁹ CEDH, 26 avr.2007 « *Gebremedhin contre France* », req. n° 25389/05.

⁸⁰ Cass. Civ. 26 mars 1997, *Le Foyer Notre-Dame des Flots*, JCP 1997, 22868 p. 305.

⁸¹ CE, 11 avr.1973, *Département de la Marne*, Lebon p. 1101.

différente la même situation selon que le litige relevait de la compétence du juge administratif ou du juge judiciaire, divergence vécue comme étant une profonde injustice par les victimes des dommages causés par ces mineurs et ne bénéficiant pas du régime plus favorable de la responsabilité sans faute devant le juge administratif.

Attestant d'un dialogue entre juges judiciaire et administratif, le juge administratif se rallia à la position plus favorable aux administrés retenue par la juridiction civile et opéra un revirement de jurisprudence sur ce point⁸². Ce faisant, le juge administratif assume parfaitement l'héritage civiliste de sa jurisprudence en fondant ce régime de responsabilité sans faute sur la garde, fondement dégagé par le juge civil et tiré des dispositions de l'article 1384 alinéa premier du Code civil⁸³. Ainsi, « *en raison des pouvoirs dont la personne publique se trouve investie lorsque le mineur a été confié à un service qui relève de son autorité, sa responsabilité est engagée même sans faute pour les dommages causés aux tiers par ce mineur* »⁸⁴

D'autre part, le Code civil institue un régime de responsabilité pour faute présumée pour les dommages causés par les enfants étant sous la garde de leurs parents (en vertu des dispositions de l'article 1384 alinéas 4 et 7 du Code civil) tandis que le juge administratif appliquait un régime de responsabilité pour faute pour les dommages causés aux tiers par les pupilles de l'Etat et qui n'étaient donc ni délinquants ni sous le coup d'une mesure d'assistance éducative⁸⁵. Les victimes se

⁸² CE Sect. 11 février 2005, *GIE Axa Courtage*, RFDA 2005 p. 594.

⁸³ Cass. Plén. 29 mars 1991, *Association des centres éducatifs du Limousin et autres c/ Blicck*, RFDA 1991 p. 991 (à propos de la mise en cause d'un centre d'aide par le travail à qui avait été confié un handicapé mental responsable d'un incendie).

⁸⁴ CE Sect. 11 février 2005, *GIE Axa Courtage*, RFDA 2005 p. 594.

⁸⁵ CE 30 novembre 1956, *Département de la Marne c/ Faron*, Rec. p. 452.

trouvaient donc dans des situations inégales selon que le dommage ait été le fait d'un mineur vivant dans sa famille ou d'un mineur étant à la charge de l'Etat, inégalité difficile à accepter dans la mesure où aucune justification juridique ne pouvait être avancée pour soutenir ce traitement différencié. Or le dialogue des juges fit à nouveau son effet, le juge administratif s'alignant sur la position la plus favorable aux justiciables et instaurant à son tour un régime de responsabilité pour faute présumée⁸⁶. Faisant à nouveau évoluer sa position en la matière, la Cour de cassation rompit cependant cette unité en appliquant un régime de responsabilité sans faute aux parents d'un enfant auteur du dommage⁸⁷. Une fois encore, le juge administratif adapta sa jurisprudence en s'alignant sur la position civiliste admettant implicitement un tel régime de responsabilité sans faute fondé sur la garde concernant les pupilles de l'Etat⁸⁸.

En matière de rééquilibrage de la relation entre administration et administrés, si les influences européennes restent considérables et tendent à se développer, elles ne sont pourtant pas exclusives, le juge administratif dialoguant parfois de façon intensive avec d'autres juridictions, nationales ou non et imposant lui-même des principes, des modalités de contrôle novateurs destinés à affirmer un peu plus les droits des administrés.

⁸⁶ CE Sect. 19 octobre 1990, *M. Ingremeau*, Rec. p. 284.

⁸⁷ Cass. Civ. 19 février 1997, *Bertrand*, *JCP* 1997 II 22848.

⁸⁸ CE, 5 juillet 2006, *CRAM de la Somme*, n° 264750, *JCP A* 2006 p. 1225.

§ II – UN DIALOGUE DES JUGES PEU ENCLIN A REMETTRE EN CAUSE
LE CARACTERE EXORBITANT DU DROIT ADMINISTRATIF

Souvent dénoncé, le phénomène de banalisation du droit administratif doit se comprendre comme conduisant à nier les spécificités d'un droit administratif par nature dérogatoire, l'influence européenne menant alors à une certaine uniformisation des techniques et des concepts revenant à assimiler la personne publique à une simple personne privée. Pourtant, malgré une telle influence des jurisprudences européennes, les fonctions régaliennes de l'Etat demeurent sauves (A), le juge administratif préservant par ailleurs le caractère exorbitant du droit administratif en modulant les sujétions nouvelles auxquelles se voient soumises les personnes publiques (B).

A - Des fonctions régaliennes sauvegardées malgré les évolutions jurisprudentielles

Ainsi que le faisait valoir Fabrice Melleray, « *les relations entre administration et administrés étant désormais conçues sur un mode beaucoup moins inégalitaire, nombre de prérogatives de l'administration sont désormais contestées et progressivement limitées, les administrés se transformant en citoyens* »⁸⁹. Or, les fonctions régaliennes paraissent *a priori* directement concernées par un tel mouvement, l'Etat n'étant plus totalement libre même lorsqu'il exerce de telles missions hautement symboliques. Les crispations à l'égard des jurisprudences européennes relatives à l'exercice, par l'Etat

⁸⁹ F. Melleray, « L'exorbitance du droit administratif en questions », *AJDA* 2003 p. 1 961.

membre, de ces fonctions dites régaliennes se font ressentir de façon particulièrement intense, la souveraineté de l'Etat étant alors pour certains directement mise en cause. Pourtant, et à y regarder de plus près, les jurisprudences de la Cour européenne des droits de l'homme et de la Cour de justice de l'Union européenne ainsi que leur réception par le juge administratif national ne semblent pas de nature à remettre en cause les prérogatives propres à chaque Etat dans l'exercice de leurs fonctions régaliennes. Autrement dit, si le mouvement de rééquilibrage de la relation administration - administrés peut conduire à engager la responsabilité de l'Etat du fait de l'exercice de telle ou telle activité régalienne, les Cours européennes ne tendent pas par là même à se substituer à l'action des organes nationaux ou à sanctionner leurs choix qui doivent rester souverains.

Il en va par exemple ainsi en ce qui concerne l'engagement de la responsabilité de l'Etat du fait de l'action de son législateur⁹⁰. Un tel régime de responsabilité est loin d'être étranger au juge national qui l'a inauguré dans les années 1930 avec le célèbre arrêt « *Lafleurette* » qui consacre un régime de responsabilité sans faute du fait des loi fondé sur la rupture d'égalité devant les charges publiques. Cependant, une telle responsabilité restait très rarement engagée ce qui « *s'explique à n'en pas douter en partie par des éléments consubstantiels à la logique même de la responsabilité pour rupture du principe d'égalité devant les charges publiques, c'est-à-dire les*

⁹⁰ Sur ce point : S. Théron, « Les évolutions de la responsabilité de l'Etat français au regard du droit communautaire », *RDP* 2006 p. 1325 ; G. Alberton, « Le législateur français transgressant le droit international pourra-t-il demeurer encore longtemps irresponsable ? », *AJDA* 2006 p. 2155 ; G. Clamour, « Le sens des responsabilités ... à propos de l'arrêt Gardedieu », *Recueil Dalloz* 2007 p. 1214.

exigences de gravité et de spécialité du préjudice, mais aussi et surtout par une rupture progressive avec l'esprit de l'arrêt La Fleurette »⁹¹ dès lors que le juge administratif écarte la responsabilité de l'Etat s'il apparaît que le législateur a voulu exclure toute indemnisation de manière explicite ou implicite.

La jurisprudence communautaire a alors largement contribué à étendre le champ d'application de la responsabilité de l'Etat du fait de l'adoption d'une loi au regard des exigences tenant à l'effectivité des normes communautaires. Ainsi, en s'appuyant sur l'obligation de loyauté communautaire qu'elle fait découler de l'article 10 du TCE, la Cour de justice des communautés européennes énonce que « *les Etats membres sont tenus de réparer les dommages causés aux particuliers par les violations du droit communautaire qui leur sont imputables* »⁹². Or, elle a précisé par la suite que cette obligation est « *valable pour toute hypothèse de violation du droit communautaire par un Etat membre, et quel que soit l'organe de l'Etat membre dont l'action ou l'omission est à l'origine du manquement* »⁹³. Face à de telles jurisprudences, le juge administratif pouvait difficilement maintenir la seule jurisprudence « *La Fleurette* » lorsqu'était en cause la violation de normes communautaires dans la mesure où les restrictions dégagées par le Conseil d'Etat tenant notamment au caractère anormal et spécial du préjudice ne pouvait nullement se justifier dans ce cas.

Dans un premier temps, le dialogue des juges se traduit timidement, le juge administratif préférant contourner le problème en jugeant que le fait générateur du dommage se trouvait non dans l'action du législateur du fait de l'adoption d'une loi inconstitutionnelle mais dans la faute que commet

⁹¹ M. Gautier et F. Melleray, « Le Conseil d'Etat et l'Europe : fin de cycle ou nouvelle ère ? », *Droit administratif* n° 5, mai 2007.

⁹² CJCE, 19 nov. 1991, « *Francovich* », aff. C-9/90.

⁹³ CJCE, 5 mars 1996, « *Brasserie du Pêcheur* », aff. C-46-93.

l'administration qui applique cette loi⁹⁴. Ce n'est alors qu'en 2007 que le dialogue des juges produit tous ses effets, le Conseil d'Etat décidant dans un important arrêt « *Gardedieu* » du 8 février 2007 que la responsabilité de l'Etat pouvait être engagée en raison des obligations qui sont les siennes pour assurer le respect des conventions internationales par les autorités publiques, pour réparer l'ensemble des préjudices qui résultent de l'intervention d'une loi adoptée en méconnaissance des engagements internationaux de la France⁹⁵. L'influence européenne est alors clairement exprimée par la voix du commissaire du Gouvernement qui, après avoir rappelé l'état de la jurisprudence européenne, énonce que « *la méconnaissance d'un traité-loi a pour conséquence objective l'obligation, pour l'Etat qui en est l'auteur, de réparer les préjudices qui en résultent ; la circonstance qu'une telle méconnaissance trouve son origine dans une loi est de ce point de vue sans influence* »⁹⁶. Ainsi, la responsabilité de l'Etat peut désormais être engagée du fait de l'action du législateur qui adopterait une loi contraire à engagement international. Une fois encore, la jurisprudence européenne a joué un rôle d'impulsion, le juge administratif allant au-delà des prescriptions de la Cour de justice appliquant un tel régime de responsabilité non seulement aux normes issues du droit de l'Union mais aussi à toute norme internationale.

⁹⁴ CE, 28 fév.1992 « *Société Arizona Tobacco Products* », p. 78.

⁹⁵ CE, 8 fév. 2007 « *Gardedieu* », 279522.

⁹⁶ Concl de L. Derepas, cité par J. Andriantsimbazovina et L. Sermet, « Jurisprudence administrative et convention européenne des droits de l'homme », *RFDA* 2008 p. 743 ; les auteurs soulignant en outre que « *tout au long de ses conclusions, on retiendra un souci de satisfaire au mieux les exigences de la jurisprudence européenne* ».

La question de la mise en cause de la responsabilité de l'Etat du fait de l'exercice de ses fonctions régaliennes s'est également posée avec une particulière acuité concernant la fonction de juger⁹⁷. Si en 1978 le Conseil d'Etat accepte d'engager la responsabilité de l'Etat en cas de faute lourde commise dans l'exercice de la fonction juridictionnelle, il écarte aussitôt une telle possibilité dès lors que « *la faute lourde résulterait du contenu même d'une décision juridictionnelle devenue définitive* »⁹⁸. En vertu du principe de l'autorité de la chose jugée, le juge administratif se refusait donc à mettre en cause la responsabilité de l'Etat du fait des préjudices qui pourraient résulter du prononcé d'un jugement. Or, dans sa décision « *Köbler* » la Cour de justices des communautés européennes consacre le principe de la responsabilité de l'Etat alors même que la violation du droit de l'Union découlerait d'une décision d'une juridiction suprême statuant en dernier ressort. Face à ce positionnement de la Cour de justice, le Conseil d'Etat fit évoluer sa jurisprudence en admettant que la responsabilité de l'Etat puisse être engagée lorsque le contenu de la décision juridictionnelle est entaché d'une violation manifeste d'une norme de droit communautaire ayant pour objet de conférer des droits aux particuliers⁹⁹. En outre, l'exigence d'une violation suffisamment caractérisée, dans l'appréciation de laquelle la Cour de justice s'est elle-même efforcée de prendre en compte la spécificité de la fonction juridictionnelle, permet au juge administratif de subordonner l'engagement de la responsabilité à une méconnaissance manifeste, ce qui permet de

⁹⁷ Voir sur ce point : *RFDA* 2008 p. 755 concl. C. de Salins ; *RFDA* 2008 p. 1178 note D. Pouyaud, *La responsabilité du fait d'une décision juridictionnelle*.

⁹⁸ CE, 1978 « *Darmont* », *D.* 1979 p. 278.

⁹⁹ CE, 2008 « *Gestas* », n° 295831.

maintenir le principe de la faute lourde¹⁰⁰. Comme précédemment souligné, le revirement reste extrêmement limité ne concernant que les normes issues du droit de l'Union et plus encore celles « *conférant des droits aux particuliers* ». De plus, le juge administratif, à l'instar du juge européen, conditionne l'engagement de la responsabilité de l'Etat à la constatation d'une faute d'une particulière gravité, la violation du droit communautaire devant être « manifeste ». De ce fait, l'exercice de la fonction juridictionnelle semble largement préservée, le juge administratif ayant entendu de la sorte sauvegarder l'autorité des décisions prises par les juridictions internes. Les Cours européennes ne sauraient donc être conçues comme constituant un troisième degré de juridiction et le juge interne reste vigilant afin de ne pas généraliser un tel régime de responsabilité qui remettrait en cause, *in fine*, sa propre autorité.

Le dialogue entre juges européens et juge administratif permet donc à ce dernier de recevoir les préconisations européennes tout en les adaptant au cadre national de façon à ne pas totalement entraver l'exercice des fonctions régaliennes qui doivent être préservées dans un Etat souverain.

¹⁰⁰ Voir L. Coutron, « La responsabilité des Etats membres du fait des violations du droit communautaire imputables aux juridictions suprêmes nationales : franche innovation ou faux-semblant ? », *Cahiers de l'IDEDH* 2006 n°10 p. 81 ; R. Mehdi, « La responsabilité des Etats membres en cas de violation du droit communautaire par une juridiction suprême », *Mélanges en l'honneur de P. Léger*, Pedone 2006 p. 225 et s. ; D. Pouyaud, « La responsabilité du fait du contenu d'une décision juridictionnelle », *RFDA* 2008 p. 1178.

B - De nouvelles sujétions modulées par le juge administratif

Déjà, en 1913, Léon Duguit dressait le constat selon lequel « nous sommes dans une période critique, sans que d'ailleurs ce mot, emprunté à la langue de la médecine, ait dans notre esprit en quoi que ce soit un sens péjoratif. Qu'on le veuille ou non, tout nous paraît démontrer que les notions fondamentales, qui étaient naguère encore à la base des institutions juridiques, se désagrègent pour faire place à d'autres, que le système de droit, sur le quel nos sociétés modernes avaient jusqu'à présent vécu, se disloque, et qu'un nouveau système s'édifie sur des conceptions tout à fait différentes »¹⁰¹. Le phénomène de transformation qui caractérise le droit administratif au contact notamment du droit et de la jurisprudence européens ne serait donc pas un phénomène nouveau mais attesterait simplement d'une évolution naturelle d'un système juridique soumis à diverses influences qu'elle soient de nature purement juridique ou, plus largement, de nature économique, sociologique ou même philosophique. En d'autres termes, les évolutions subies ou amorcées par le droit administratif ne seraient que le fruit d'un processus naturel lui permettant de s'adapter aux attentes et aux évolutions contemporaines de la société prise dans sa globalité. Dès lors que l'évolution de cette société s'inscrit indiscutablement dans un mécanisme de construction européenne sans cesse plus élaboré et abouti, le juge administratif français recevra ces influences européennes et les intégrera à sa politique jurisprudentielle.

Ainsi le juge administratif a su intégrer certaines sujétions imposées à l'administration, sujétions directement issues du

¹⁰¹ L. Duguit, *Les transformations du droit public*, Armand Colin, 1913, cité par F. Melleray, « L'exorbitance du droit administratif en question », *AJDA* 2003 p. 1961.

droit européen et tendant à conforter la place de l'administré dans ses relations avec l'administration. Ce faisant, le juge administratif ne s'est pas pour autant totalement converti aux principes européens qui auraient progressivement remplacé les concepts nationaux mais les a, de façon plus complexe, assimilés et adaptés en écartant même certains d'entre eux jugés véritablement étrangers à ses conceptions et insusceptibles de s'intégrer au droit administratif français conservant ses spécificités.

Un exemple particulièrement significatif tient à la portée aujourd'hui accordée par le juge administratif au principe de sécurité juridique ainsi qu'à sa composante que constitue le principe de confiance légitime¹⁰². En effet, si le concept même de sécurité juridique et l'ensemble de ses implications en termes de prévisibilité et d'accessibilité de la règle de droit ont depuis longtemps guidé les interventions du juge administratif, la sécurité juridique n'y était pas affirmée en tant que principe juridique à part entière. Or, ce n'est que par une décision du 24 mars 2006 que le Conseil d'Etat va se rallier à la position européenne en reconnaissant à son tour un véritable « principe » de sécurité juridique lui permettant de prononcer l'annulation d'un acte réglementaire se trouvant dépourvu de dispositions transitoires¹⁰³. Une sujétion nouvelle s'impose alors à l'administration, les justiciables pouvant désormais invoquer devant le juge administratif la méconnaissance du principe de sécurité juridique afin d'obtenir l'annulation d'un acte administratif leur faisant grief.

¹⁰² Sur ce point voir la contribution de L. Milano à la présente étude (Partie II, chap. 2, spéc. 300) ainsi que C. Nivard, « L'ambivalence du traitement jurisprudentiel de la sécurité juridique », *Droit adm.* fév. 2010, pp. 7-11.

¹⁰³ CE, 24 mars 2006 « *KPMG* », req. n° 288460.

Cependant, le juge administratif conserve une marge de manœuvre face aux préconisations européennes dès lors qu'il n'a pas entendu intégrer dans l'ordre interne le concept communautaire de confiance légitime. En effet, s'il a érigé la sécurité juridique au rang des principes du droit interne¹⁰⁴, c'est que ce principe lui était familier et irriguait sa jurisprudence en continu. Il en va alors tout à fait différemment en ce qui concerne le principe de confiance légitime traditionnellement présenté comme constituant la composante subjective de la sécurité juridique.

*« Le principe en lui-même est un compromis assez subtil entre l'exigence d'évolution et d'adaptabilité des règles de droit, indispensable au bon exercice de l'autorité publique, et l'exigence de stabilité des règles de droit au profit des administrés. Il tend essentiellement à imposer au législateur ou au pouvoir réglementaire de ne pas tromper la confiance que les administrés ont pu placer dans la stabilité d'une situation juridique en modifiant trop brutalement les règles »*¹⁰⁵. Or, dans son arrêt « KPMG » – et suivant en cela une jurisprudence constante¹⁰⁶ – le juge administratif refuse d'intégrer un tel principe au droit interne, le qualifiant de principe général du droit communautaire. Ce faisant, le juge administratif ne méconnaît pas les obligations européennes dans la mesure où la Cour de justice laisse les Etats libres de respecter un tel principe

¹⁰⁴ CE, 29 oct. 2003 « *Sté Techna* », req. n° 260768.

¹⁰⁵ F. Séners, « Le principe de la confiance légitime : à propos de la réduction des aides publiques aux agriculteurs », *RFDA* 2002 p. 33.

¹⁰⁶ CE, 16 mars 1998 « *Association des élèves, parents d'élèves et professeurs des classes préparatoires vétérinaires et Mlle Poujol* », Rec. p. 84 ; CE 5 mars 1999 « *M. Rouquette et autres* » ; CE 9 mars 2001 « *Entreprise personnelle de transport Freymuth* ».

dans les matières régies par le droit interne¹⁰⁷. Dans ces conditions, le juge administratif n'a pas à se préoccuper de la perception que les administrés se font des règles édictées par les autorités administratives. Les espérances qu'auraient pu entretenir les administrés face à tel ou tel comportement de l'administration ne sont donc pas prises en compte par le juge lors de son contrôle et ne sont par conséquent pas de nature à entraîner la censure du comportement de l'administration. C'est précisément cette dimension subjective que le juge administratif refuse d'intégrer dans le champ du droit administratif français en cantonnant l'application du principe de confiance légitime dans le strict cadre du droit de l'Union européenne¹⁰⁸. Ce faisant, le juge administratif reste à l'origine de la construction d'un droit administratif spécifique.

Néanmoins, il ne peut être nié que, sous l'influence des droits européens, le droit administratif tend à se modifier voire, pour certains, à se métamorphoser perdant de la sorte son caractère exorbitant pour sans cesse se rapprocher des mécanismes caractérisant le droit privé. Ainsi pour Agathe Van Lang, « nous constatons à l'heure actuelle un affaiblissement du particularisme du droit administratif. Il s'explique à la fois par le développement d'une forme d'espace juridique commun, applicable indifféremment à l'action privée et au secteur public, dans la constitution duquel les droits communautaire et européen jouent un rôle non négligeable »¹⁰⁹. En effet, l'action

¹⁰⁷ CJCE 5 oct. 1988, « *Padovani* », Aff. n° 210/87. « Dans l'hypothèse où le droit national (...) ne comporte pas un principe de protection de la confiance légitime, le droit communautaire ne s'oppose pas à l'application de ce droit national ». § 25.

¹⁰⁸ Cf supra L. Milano, Partie II, chap. 2, p. 300.

¹⁰⁹ A. Van Lang, « Le dualisme juridictionnel en France : une question toujours d'actualité », *AJDA* 2005 p. 1760.

administrative a progressivement été soumise au respect de règles de droit dont l'application était jusque-là réservée à l'action des personnes privées. Il en va par exemple ainsi en ce qui concerne le droit de la concurrence qui voit son champ d'application s'étendre à mesure que les activités administratives se diversifient et deviennent susceptibles d'empiéter sur les activités privées pouvant conduire à méconnaître les règles de la concurrence. Il en va également ainsi de l'application de certaines dispositions du droit de la consommation aux actes administratifs¹¹⁰.

Pourtant, à y regarder de plus près, une telle soumission des personnes publiques au respect de ces règles traditionnellement réservées aux activités des personnes privées, n'est pas nécessairement synonyme de sujétions nouvelles. Ainsi, l'application du droit de la concurrence aux personnes publiques n'a pas pour seul effet d'entraver l'action des personnes publiques en la matière mais, au contraire, en assurant le respect de l'égalité entre les concurrents, de légitimer leur intervention dans des domaines concurrentiels même en l'absence de carence de la part du secteur privé¹¹¹. D'autre part, un tel positionnement du juge administratif lui permet de préserver son pré carré en affirmant sa compétence dans des domaines traditionnellement réservés par nature au juge judiciaire. Une telle extension du bloc de légalité, souvent stigmatisée comme attestant d'un phénomène de banalisation du droit administratif, peut donc être considérée comme un instrument entre les mains du juge administratif lui permettant de lutter contre le glissement

¹¹⁰ CE, 11 juil. 2001 « *Société des Eaux du Nord* », F. Bérroujon, « L'impact des règles issues du droit de la consommation sur les sources de la légalité administrative », *JCP A* 2007 p. 2283.

¹¹¹ En ce sens : CE, 16 oct. 2000 « *Cie méditerranéenne d'exploitation des services d'eau* » et CE Avis, 8 nov. 2000 « *Sté Jean Louis Bernard Consultant* ».

progressif de l'ensemble du contentieux économique vers le juge judiciaire.

Ainsi, comme le préconisait Jean-Bernard Auby, « à ceux qui pensent que les évolutions imposées par le droit européen conduisent le droit public français à s'écarter fâcheusement de certaines de ses traditions essentielles, s'opposent des visions plus optimistes : celle, en particulier, qui admet que la pression exercée par le droit européen sur le droit public français le force à se moderniser, à se perfectionner »¹¹².

¹¹² J-B Auby, « L'influence du droit européen sur les catégories juridiques du droit public », Rapport de synthèse de la Mission de recherche Droit et Justice, mai 2009.

TABLE DES MATIERES

Propos introductifs	p. 7
PARTIE I - LA CONFIGURATION DU DIALOGUE DES JUGES DANS LE CONTEXTE DE L'EUROPEANISATION	
p.19	
CHAPITRE I - L'EVENTUALITE D'UNE DIMENSION TRIANGULAIRE DU DIALOGUE (Franck DUPRET)	
p. 23	
SECTION I – De la concurrence des jurisprudences européennes impliquant le champ du droit administratif.....	
p. 23	
§ I – <i>Une appréhension largement dissymétrique de la matière administrative par les juges européens</i>	
p. 24	
A – Des matières concrètement appréhendées par un seul juge européen.....	
p. 24	
B – Des matières distinctement appréhendées par les deux juges européens.....	
p. 28	
§ II - <i>Une appréhension résiduellement conjointe de la matière administrative par les juges européens</i>	
p. 43	
A – L'interpénétration dialogique des droits européens.....	
p. 44	
B – L'interpénétration conciliable des droits européens.....	
p. 59	

SECTION II – De la pluralité des juges nationaux impliqués dans le processus d'europeanisation..... p. 69

§ I – *L'immixtion possible du juge constitutionnel dans le dialogue*..... p. 69

A – Le contexte d'une loi supposée conventionnelle mais jugée inconstitutionnelle..... p. 70

B – Le contexte d'une loi jugée constitutionnelle mais déclarée inconstitutionnelle..... p. 74

§ II – *L'intervention éventuelle d'un autre juge ordinaire dans le dialogue*..... p. 80

A – La place des juridictions administratives inférieures dans le processus de dialogue..... p. 80

B – L'articulation avec la jurisprudence du juge judiciaire..... p. 84

CHAPITRE II - LA PROBLEMATIQUE D'UNE DIMENSION UNILATERALE DU DIALOGUE (Aurélia SCHAMANECHÉ) p. 89

SECTION I – La conscience des juges européens quant à la nécessité de considérer la jurisprudence nationale..... p. 91

§ I– *Un impératif de dialogue partagé par les deux juges européens*..... p. 93

A - Les modalités duales du dialogue..... p. 94

B - La fonction de légitimation du dialogue... p 108

§ II - <i>Un dialogue manifestement maîtrisé par les Cours européennes</i>	p. 115
A - Un rapprochement des interprétations imposé par les juges européens.....	p. 116
B - Un rapprochement des interprétations orienté par les juges européens.....	p. 126
SECTION II – La réserve des juges européens quant à l’opportunité de se fonder sur la jurisprudence nationale.....	p. 137
§ I - <i>L’intégration dissimulée de la jurisprudence administrative dans les décisions de la Cour de justice</i>	p. 138
A - Une influence particulièrement diffuse.....	p. 139
B - Une influence assurément perfectible.....	p. 152
§ II – <i>L’intégration « inégalement assumée et exprimée » de la jurisprudence administrative dans les décisions de la Cour européenne des droits de l’homme</i>	p. 157
A - Une influence certaine pour résoudre le cas d’espèce.....	p. 159
B - Une influence marginale pour l’interprétation des garanties offertes par la CEDH	p. 172

**PARTIE II - LE FONCTIONNEMENT DU DIALOGUE
DES JUGES DANS LA PERSPECTIVE DE
L'EUROPEANISATION..... p. 183**

**CHAPITRE I - UNE RECEPTIVITE CROISSANTE AUX
JURISPRUDENCES EUROPEENNES..... p. 185**

SECTION I- Une réceptivité manifeste..... p 187

§ I - *Le recul du réflexe national* (Gabriela A. RUSU)... p 187

A – Une vision neutralisante des droits européens en
retrait..... p. 188

B – Une invocabilité des normes européennes en
expansion..... p. 197

§ II - *Le souci prégnant d'une mise en conformité du droit national*
(Béatrice PASTRE-BELDA)..... p. 216

A- Une réceptivité « commandée » mêlée à une réceptivité
« spontanée »..... p. 217

B- Un renvoi hétérogène à la jurisprudence
européenne..... p. 230

SECTION II - Une réceptivité déterminée (Béatrice PASTRE-
BELDA)..... p. 243

§ I - *Une réceptivité approfondie*..... p. 244

A- La prise en compte des conditions d'exercice des garanties
européennes..... p. 244

B - L'emprunt de raisonnements développés par le juge européen.....	p. 252
§ II - Une réceptivité constructive.....	p. 263
A - L'extension de la jurisprudence européenne...	p. 263
B - Le dépassement de la jurisprudence européenne..	p. 270
C - L'anticipation de la jurisprudence européenne...	p. 275
CHAPITRE II - L'AUTONOMIE PERSISTANTE DE LA JURISPRUDENCE ADMINISTRATIVE.....	p. 279
SECTION I – Une stratégie de réappropriation des solutions européennes (L. MILANO).....	p. 280
§ I – L'adaptation des jurisprudences européennes.....	p. 280
A – L'intégration superficielle.....	p. 281
B – La réinterprétation des solutions européennes...	p. 287
§ II – Le cantonnement des solutions européennes.....	p. 298
A – Les hypothèses de cantonnement compatibles avec les solutions européennes.....	p. 299
B – Les hypothèses de cantonnement incompatibles avec les solutions européennes.....	p. 312

SECTION II – Une stratégie de renationalisation des solutions européennes (C. NIVARD).....	p. 323
--	--------

§ I – <i>Une volonté de maîtriser les standards européens...</i>	p. 324
--	--------

A – Le possible dépassement des standards européens par le recours à des bases textuelles nationales.....	p. 325
---	--------

B – L'affranchissement des standards européens par le recours aux principes généraux du droit.....	p. 334
--	--------

§ II – <i>Une volonté de préserver les spécificités du droit administratif</i>	p. 345
--	--------

A – Les spécificités d'ordre organisationnel.....	p. 346
---	--------

B – Les spécificités d'ordre matériel : l'exemple du principe d'égalité.....	p. 356
--	--------

PARTIE III - L'APPORT DU DIALOGUE DES JUGES DANS LE PROCESSUS D'EUROPEANISATION... p 363

CHAPITRE I - UN POIDS VARIABLE DANS LE DEGRE DE L'EUROPEANISATION..... p 365

SECTION I – Des modes diversifiés de contribution à l'adaptation du droit administratif (Caroline PICHERAL).....	p. 366
--	--------

§ I – <i>Une européanisation alimentée par la dynamique corrective du contrôle juridictionnel</i>	p. 368
---	--------

- A - La mise au jour de la nécessité d'une réforme... p. 369
- B - La contribution à l'effectivité d'une réforme... p. 375
- C - La dénonciation de l'inadéquation d'une réforme.. p 379

§ II – Une européanisation étayée par l'efficacité réformatrice de la jurisprudence..... p. 388

- A – La vérification des vertus incitatives de la jurisprudence..... p. 390
- B – L'affirmation de la portée directive de la jurisprudence..... p. 399
- C – Le déploiement de la capacité adaptative de la jurisprudence..... p. 408

SECTION II – Des cas d'incidence atténuée en termes de mutation du droit administratif (Katracyna BLAY-GRABARCZYK)..... p.422

§ I – Un état d'euro-compatibilité du droit administratif éventuellement préexistant..... p 423

- A – L'identification de logiques intrinsèquement compatibles ou convergentes..... p.424
- B – Les modulations ponctuelles induites par le contrôle de conventionnalité..... p 437

§ II - Une recherche d'euro-compatibilité modérément déstabilisante..... p 447

- A – Des perturbations limitées du fait de l'économie de la norme européenne..... p 448

B – Des perturbations fragmentées du fait de l’objet de la norme européenne.....	p 460
--	-------

CHAPITRE II - DES EFFETS PONDERES SUR LE SENS DE L’EUROPEANISATION (Laetitia FERMAUD)..... p. 471

SECTION I – Le role grandissant du dialogue des juges dans le rééquilibrage de la relation administration-administrés.....	p. 471
--	--------

<i>§ I – L’empreinte formelle de l’influence européenne : les évolutions procédurales du droit administratif.....</i>	<i>p. 472</i>
---	---------------

A - Un accès au juge élargi.....	p. 472
----------------------------------	--------

B - Des obligations procédurales renouvelées.....	p. 477
---	--------

<i>§ II – L’empreinte matérielle de la jurisprudence européenne : le renforcement des droits reconnus aux administrés.....</i>	<i>p. 484</i>
--	---------------

A - L’extension des pouvoirs reconnus au juge administratif.....	p. 484
--	--------

B - L’amélioration des garanties offertes aux individus.....	p. 489
--	--------

SECTION II – L’impact relatif du dialogue des juges quant au risque de banalisation du droit administratif.....	p. 494
---	--------

<i>§ I – Des influences européennes non exclusives.....</i>	<i>p. 494</i>
---	---------------

A - Des évolutions dues aux interventions du juge administratif lui-même.....	p. 495
---	--------

B - Des évolutions directement inspirées des mécanismes de droit privé.....	p. 499
---	--------

§ II – *Un dialogue des juges peu enclin à remettre en cause le caractère exorbitant du droit administratif*..... p. 504

A - Des fonctions régaliennes sauvegardées malgré les évolutions jurisprudentielles..... p. 504

B - De nouvelles sujétions modulées par le juge administratif..... p. 510

