



**HAL**  
open science

## Le contentieux administratif français, produit compétitif?

Fabien Bottini

► **To cite this version:**

Fabien Bottini. Le contentieux administratif français, produit compétitif?. Ngampio U. et Pontier J.-M. (dir.). Le droit administratif aux défis du XXe siècle, Institut Francophone pour la Justice et la Démocratie (IFJD), 2022, 978-2-3703-2299-9. hal-04563982

**HAL Id: hal-04563982**

**<https://univ-lemans.hal.science/hal-04563982v1>**

Submitted on 22 Nov 2024

**HAL** is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

# LE CONTENTIEUX ADMINISTRATIF FACE AU DEFI DE LA COMPETITIVITE DU DROIT FRANÇAIS

Par  
Fabien BOTTINI  
Professeur ordinaire à  
l'Université Le Havre-Normandie  
Membre Sénior de  
L'Institut Universitaire de France

« Juger l'administration, c'est encore administrer »<sup>1</sup>, expliquait le conseiller d'Etat Henrion de Pansey en 1818. « Juger l'action économique, c'est encore agir sur l'économie »<sup>2</sup> affirmait en écho le juge Charles Touboul en 2016, près de deux siècles plus tard.

Si le rapprochement des deux formules s'impose, c'est autant parce que la seconde se veut un décalque actualisé de la première que parce qu'elle révèle en creux les mutations qui affectent l'office du juge administratif et, à travers lui, le contentieux administratif dans son ensemble. Derrière ces variations terminologiques se révèle l'obligation faite de nos jours à ce dernier de s'adapter à une certaine rationalité économique pour continuer à subsister face au contre-modèle de la *common law* qui le concurrence sur le grand marché mondial et européen<sup>3</sup> et ignore la séparation des autorités administratives et judiciaires<sup>4</sup>.

Alors qu'au XIXe siècle le contentieux administratif français visait à confier à un juge spécialisé le soin d'apprécier, au nom de l'intérêt général, la validité des immixtions de l'État dans l'économie – fort de cette idée héritée du libéralisme classique que le marché était un espace de liberté exigeant de prémunir les marchands de la concurrence déloyale de l'administration<sup>5</sup> –, sa priorité est progressivement devenue, à partir des années 1980, de contribuer à la création et à l'entretien de ce grand marché par le droit étatique<sup>6</sup> – sous l'influence de la révolution néolibérale<sup>7</sup> qui a accompagné la mondialisation et la construction communautaire et qui tend à faire du libre jeu de l'offre et de la demande un des impératifs d'intérêt général dont l'État a la charge<sup>8</sup>.

La libéralisation des échanges ayant pour effet de mettre les droits étatiques en concurrence à l'échelle planétaire, la plupart des États ont cherché à faire de leur droit national un produit compétitif pour attirer ou maintenir les opérateurs économiques sur leur territoire, en profitant des retours d'expérience étrangers et des interstices que leur laissent les droits inter et supranational. Aucune discipline juridique n'a été épargnée par ce

---

<sup>1</sup> Henrion de Pansey, *De l'autorité judiciaire en France*, éd. Barrois 1818.

<sup>2</sup> Touboul C., « Juger l'action économique, c'est encore agir sur l'économie », *RFDA* 2016. 83.

<sup>3</sup> Sur cette question, v. nos propos introductifs « Modèle, contre-modèle, anti-modèle ? À propos du phénomène d'économicisation du droit parti des États-Unis », in *Néolibéralisme et américanisation du droit*, Mare & Martin 2019, p. 25.

<sup>4</sup> Issue en droit français des D. 16 fructidor an III et L. des 16-24 août 1790, art. 13.

<sup>5</sup> Postulat à l'origine de la décision CE 29.3.1901, Casanova, *GAJA*.

<sup>6</sup> CE Ass. 31.5.2006, Ordre des avocats au barreau de Paris, *AJDA* 2006. 1592, chron. Landais et Lenica.

<sup>7</sup> Sur ces questions, v. Audier S., *Le Colloque Lippmann. Aux Origines Du Néo-libéralisme*, éd. Le bord de l'eau 2012.

<sup>8</sup> V. Valentin V., *Les conceptions néo-libérales du droit*, *Economica* 2002 ; Clamour G., *Intérêt général et concurrence. Essai sur la pérennité du droit public en économie de marché*, Dalloz, 2006.

mouvement qui est, en droit français, à l'origine de l'apparition d'un « droit public des affaires » pensé comme une alternative – pour ne pas dire un « produit concurrent » – de cette *common law* anglo-saxonne<sup>9</sup>. C'est dans ce contexte que nombre de réformes du contentieux administratif menées depuis le tournant des années 1980 prennent tout leur sens, même si des considérations extra-économiques ont également pu les inspirer.

Ce que nous voudrions montrer ici est qu'une lecture économique de ces mutations permet de mieux les comprendre. Même si elles sont le résultat de facteurs forcément multifactoriels, la matière n'en a pas moins évolué entre autres pour satisfaire les aspirations des acteurs du marché à une meilleure protection de leurs droits subjectifs<sup>10</sup> – parmi lesquels figurent en première place les droits et libertés économiques<sup>11</sup> – et à davantage de sécurité juridique – principe d'efficacité économique<sup>12</sup> s'il en est, dès lors qu'il assure les intéressés de la stabilité et la prévisibilité, « du moins pour un certain temps »<sup>13</sup>, de la règle de droit.

Rien d'étonnant en effet dans cette perspective à ce que les réformes entreprises depuis la fin des années 1970 aient tendu, au nom de l'objectif de bon fonctionnement du marché, à permettre au juge administratif de frapper plus vite (I) et plus fort (II) pour mettre les marchands à l'abri de l'arbitraire étatique tout en le plaçant sous le contrôle renforcé de juridictions tierces, afin de prévenir ses propres abus (III).

#### I. Un juge qui frappe plus vite ...

Si le juge indépendant du pouvoir politique est une garantie du respect de la liberté individuelle dans la perspective libérale classique<sup>14</sup>, il lui revient de veiller à ce que l'administration mette toute la puissance de l'État au service de l'initiative individuelle dans celle du néolibéralisme, pour faire de la liberté d'entreprendre le moteur de sa croissance économique<sup>15</sup>.

Comme « *time is money* » sur le grand marché mondial et européen, son action n'a toutefois de sens que si le juge peut tout à la fois être rapidement et facilement saisi – grâce à une conception généreuse de la notion d'intérêt à agir par exemple<sup>16</sup> – et s'il est capable de statuer dans des délais brefs, pour tenir compte du rythme propre à la vie économique. Or, ces considérations ne sont pas étrangères aux réformes qui ont tendu à accélérer le temps judiciaire en contentieux administratif pour répondre aux défis de la mondialisation et en faire un produit compétitif.

Certaines ont été initiées par la jurisprudence avec le soutien parfois explicite des autorités législatives et réglementaires. Il en est ainsi, en matière préjudicielle, avec la contraction du champ des questions pouvant être posées devant le juge civil, lorsqu'est en cause la communautarité d'un acte réglementaire<sup>17</sup> et, inversement, la consécration de la

---

<sup>9</sup> Sur cette question, v. notamment Bazex M., « Le droit public de la concurrence », *RFDA* 1998. 781 ; Nicinski S., *Droit public des affaires*, Montchrestien 2018. V. également Caillosse J., « La réflexion juridique à l'épreuve du néolibéralisme et de l'"américanisation" du droit », in *Néolibéralisme et américanisation du droit, préc.*

<sup>10</sup> Sur cette question, v. Moderne F., « Préface », in Foulquier N., *Les droits publics subjectifs des administrés*, Dalloz 2003, p. XV ; Auby J.-B., « La bataille de San Romano », *AJDA* 2001. 912.

<sup>11</sup> Sur cette notion, v. notre ouvrage *L'action économique des collectivités publiques : ses enjeux, son droit, ses acteurs*, IFDJ-Legitech 2020, n° 65 s.

<sup>12</sup> Portuese A., *Le principe d'efficacité économique dans la jurisprudence européenne*, Publibook 2014, p. 188.

<sup>13</sup> Fromont M., « Le principe de sécurité juridique », *AJDA* 1996, n° spécial, p. 178.

<sup>14</sup> V. Locke J., *Traité du gouvernement civil*, rééd. Volland 1802, p. 60.

<sup>15</sup> Sur cette question, v. notre ouvrage *Le service public du développement économique*, LGDJ 2019.

<sup>16</sup> CE 28.12.2005, Union syndicale des magistrats administratifs, *R.* 591.

<sup>17</sup> TC 12.12.2011, Sté Green Yellow, *AJDA* 2011. 2503.

possibilité de saisir le Tribunal des conflits<sup>18</sup> ou la CEDH<sup>19</sup> de telles questions pour éviter une multiplication excessive des procédures, en plus de celle déjà existante de saisir la CJUE<sup>20</sup>. La multiplication des cas de dispense du ministère d'avocat<sup>21</sup> comme du recours aux modes alternatifs de règlement des litiges va dans le même sens. Dès 1887, le Conseil d'État avait, il est vrai, permis aux parties à un procès de conclure un « contrat » afin de « termine[r] une contestation née ou » de prévenir « une contestation à naître »<sup>22</sup>, conformément à l'article 2044 du Code civil. Mais, le recours aux procédés de conciliation, transaction, arbitrage a depuis été plébiscité à plus grande échelle par le Conseil d'État<sup>23</sup> avant d'être facilité par le législateur<sup>24</sup>, afin tout à la fois de rassurer des opérateurs économiques parfois inquiets d'un risque de partialité de la justice administrative d'un État par ailleurs patron et de leur offrir une résolution rapide de leur contentieux.

D'autres évolutions textuelles traduisent la même volonté d'accélérer le temps judiciaire du contentieux administratif pour tenir compte du rythme de la vie économique. Non content d'avoir permis le jugement d'un nombre toujours plus important de matières à juge unique<sup>25</sup>, le droit dispositionnel a créé des procédures d'urgence. Or, c'est notamment parce que les « délais de jugement » étaient devenus « trop longs » devant le juge administratif dans un contexte de mutations rapides de l'économie et que ce dernier était conduit à apporter « une réponse insuffisante aux situations d'urgence »<sup>26</sup> que la loi n° 2000-597 du 30 juin 2000 est venue les créer, sous l'influence du droit européen, qu'il soit ou non unionnaire. Tandis que le droit de la CESDH a fait du délai raisonnable des procédures un impératif du contentieux administratif<sup>27</sup>, le droit de l'UE est à l'origine directe de la création des référés pré-contractuel<sup>28</sup> et contractuel<sup>29</sup> qui jouent à l'égard des contrats de la commande publique, confirmant ainsi le lien étroit qui existe entre réforme du contentieux administratif et compétitivité du droit français – du fait de l'effet levier joué par ces contrats sur le produit intérieur brut<sup>30</sup>.

---

<sup>18</sup> Cf. L. n° 2015-177 du 16.2.2015, relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures, art. 13 et D. n° 2015-233 du 27.2.2015, relatif au Tribunal des conflits et aux questions judiciaires.

<sup>19</sup> Cf. la procédure de question pour avis des cours suprêmes ordinaires à la Grande chambre de la CEDH organisée par le Protocole additionnel n° 16 de la CESDH et mise en œuvre pour la première fois par CE 15.4.2021, Fransylva, req. n° 439036.

<sup>20</sup> Cf la procédure de renvoi préjudiciel devant la CJUE prévue par l'article 267 du Traité sur le Fonctionnement de l'Union européenne (TFUE).

<sup>21</sup> V. par ex. art. R. 811-7 du CJA.

<sup>22</sup> CE 23.12.1887, de Dreux-Brézé, évêque de Moulins, R. 842.

<sup>23</sup> V. CE, *Régler autrement les conflits, conciliation, transaction, arbitrage en matière administrative, étude adoptée par l'assemblée générale du Conseil d'État le 4 février 1993*, DF 1993.

<sup>24</sup> V. art. L. 213-1 du CJA dans sa rédaction issue de la L. n° 2016-1547 du 18.11.2016, de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle. Cf. le D. n° 2016-1480 du 2.11.2016, pour la justice administrative de demain

<sup>25</sup> Art. R. 222-1 et R. 122-2 du CJA : possibilité de régler par ordonnance les affaires qui ne présentent aucune difficulté ; art. 222-13 du CJA: recours au juge unique dans les matières prévues à l'article L. 222-13 (permis de conduire, pension de retraite des agents publics, communication de documents administratifs ou d'archives publiques...).

<sup>26</sup> « Rapport de M. René Garrec sur le projet de loi relatif au référé devant les juridictions administratives », *Doc. S.* 1999-380.

<sup>27</sup> V. CEDH 9.6.1998, Cazenave de la Roche c/ France, aff. 25549/94, *AJDA* 1998. 987, obs. Flauss : condamne la France pour violation du droit d'un justiciable de voir « sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable » devant un TA.

<sup>28</sup> Directives « recours » 89/665/CEE du 21.12.1989 (pour les marchés des secteurs traditionnels) et 92/13/CEE du 25.2.1992 (pour les marchés des secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications), modifiées par la Directive 2007/66/CE du 11.12.2007.

<sup>29</sup> Directive 2007/66/CE du 11.12.2007.

<sup>30</sup> Estimé à 15% du PIB en 2019 selon la « Réponse du 11.4.2019 à la question écrite n° 6629 », *JO Sénat Q.* 2019-15, p. 1995.

Pouvoir facilement saisir le juge et le voir rendre des décisions rapidement ne peut toutefois contribuer au bon fonctionnement du marché s'il n'a pas les moyens de les faire respecter par l'administration. C'est la raison pour laquelle un autre défi des réformes du contentieux administratif a été de renforcer son office, afin de lui permettre de frapper plus fort.

## II. ... et plus fort...

Jusqu'au tournant des années 1980, il est arrivé que certaines décisions de justice soient privées d'effet par le refus de l'administration d'en tirer toutes les conséquences<sup>31</sup>. Une telle situation étant contraire à l'objectif de bon fonctionnement du marché – dès lors que ledit objectif suppose de rétablir les opérateurs économiques dans leurs droits subjectifs face à elle –, un autre défi auquel ont cherché à répondre les réformes du contentieux administratif a été de permettre au juge de davantage « concilier respect du principe de légalité, sécurité juridique et effectivité des recours »<sup>32</sup>. Elles ont de ce fait visé à lui donner les moyens de veiller à l'effet utile de ses décisions en frappant fort pour « répondre pleinement aux attentes du requérant »<sup>33</sup> lorsqu'elles sont fondées en droit.

Sur ce point, d'importantes réformes textuelles ont d'abord tendu à revenir sur « un tabou centenaire »<sup>34</sup> pour reconnaître au juge administratif un pouvoir d'injonction sous astreinte dans le but avoué d'assurer « une meilleure efficacité »<sup>35</sup> des sentences administratives. Opérée par les lois n° 80-539 du 16 juillet 1980<sup>36</sup> et n° 95-125 du 8 février 1995<sup>37</sup>, cette réforme a été codifiée aux articles L. 911-1 et suivants du Code de justice administrative avant d'être confortée par la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019<sup>38</sup>, qui habilite le juge administratif à prescrire ces injonctions d'office. Or, ces dispositions rétroagissent en quelque sorte sur la jurisprudence administrative, puisqu'elles la conduisent à revenir sur des principes bien établis du contentieux administratif, toujours dans le but d'en faire un produit compétitif sur le grand marché mondial et européen.

Tirant les conséquences de cette évolution, la jurisprudence a en effet tendu à remettre en cause la structure traditionnelle du contentieux administratif, basée sur la distinction recours pour excès de pouvoir (REP) et recours de plein contentieux (RPC) héritée de Léon Aucoc<sup>39</sup> et systématisée par Édouard. Laferrière<sup>40</sup> : tandis que le REP est historiquement apparu comme un « contentieux de la moindre juridiction »<sup>41</sup>, en ce qu'il ne permettait à l'origine au juge que d'annuler une décision illégale, le RPC est un recours de pleine juridiction en ce qu'il l'habilite à prendre les mesures nécessaires pour rétablir le

---

<sup>31</sup> V. par ex. l'absence de suite donnée à la décision rendue par CE 28.5.1954, Barel, GAJA.

<sup>32</sup> Comme le relève le Conseil d'État sur son site internet.

<sup>33</sup> Seiller B. et Guyomar M., *Contentieux administratif*, Dalloz 2021, p. 202.

<sup>34</sup> « Rapport de M. Pierre Fauchon sur le projet de loi relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative », t. 1, *Doc. S.* 13 octobre 1994, p. 47.

<sup>35</sup> *Id.*, p. 46.

<sup>36</sup> Relative aux astreintes prononcées en matière administrative et à l'exécution des jugements par les personnes morales de droit public.

<sup>37</sup> Relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative.

<sup>38</sup> De programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice.

<sup>39</sup> *Conférences sur l'administration et le droit administratif*, t. 1, Dunod 1869, p. 361.

<sup>40</sup> *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, t. 1, Berger-Levrault et cie 1887, p. 15 s. Sur cette question, v. Melleray F., *Essai sur la structure du contentieux administratif français. Pour un renouvellement de la classification des principales voies de droit ouvertes devant les juridictions à compétence générale*, LGDJ 2001 ; Bailleul D., *L'efficacité comparée des recours pour excès de pouvoir et de plein contentieux objectif en droit public français*, LGDJ 2002.

<sup>41</sup> Sandevoir P., *Étude sur le recours de pleine juridiction*, LGDJ 1964, p. 378.

requérant dans ses droits<sup>42</sup> (en condamnant l'administration à une indemnité ou annulant la décision rendue mais aussi en permettant au juge de réformer la mesure, le cas échéant pour la remplacer par une nouvelle qu'il arrête lui-même).

Or, le juge de l'excès de pouvoir est « de moins en moins (le) censeur mécanique et formaliste des illégalités passées », puisqu'il prend désormais « en considération l'incidence effective de sa décision sur la situation juridique au cœur du litige »<sup>43</sup> pour ne pas dire sur la vie économique. Il peut pour ce faire se situer dans certains cas à la date de sa décision pour apprécier l'illégalité de l'acte<sup>44</sup> mais aussi moduler dans le temps les effets d'une annulation<sup>45</sup>, consulter pour avis des autorités de régulation<sup>46</sup> ou encore valider les décisions administratives entachées d'un vice de procédure qui ne porte pas atteinte à une garantie substantielle du justiciable<sup>47</sup> – quitte, dans ce cas, à méconnaître la légalité administrative<sup>48</sup>. Si la liste de ces évolutions prétorienne est loin d'être exhaustive<sup>49</sup>, toutes vont dans le même sens et confirme que la politique jurisprudentielle du Conseil d'État est désormais tournée vers le souci de prendre en compte les effets économiques concrets de ses décisions<sup>50</sup>.

Les mêmes considérations expliquent que le juge de pleine juridiction ait vu ses prérogatives confortées ou élargies dans des domaines économiquement sensibles, comme ceux du contentieux des établissements classés<sup>51</sup>, des sanctions administratives – qu'elles soient infligées par les autorités de régulation<sup>52</sup> ou l'administration classique<sup>53</sup> – ou encore des contrats – qu'il s'agisse de ceux de la commande publique ou non<sup>54</sup> : puisque, en substance, le juge peut désormais en la matière systématiquement résilier les conventions, éventuellement avec effet différé, les annuler totalement ou condamner l'administration à indemniser la partie lésée, en fonction des conséquences de sa décision sur les transactions économiques.

Quelle que soit la voie de recours empruntée, le juge administratif a en outre gagné le pouvoir de moduler dans le temps ses revirements de jurisprudence<sup>55</sup> et même de pré-approuver, sinon de pré-abroger, une loi inconstitutionnelle, en raison du rôle de filtre qu'il joue en matière de question prioritaire de constitutionnalité (QPC)<sup>56</sup>. Or, ces nouvelles prérogatives contribuent là encore à adapter les effets des décisions rendues à ce qu'exige la réalité de la vie économique autant qu'à satisfaire les attentes des acteurs du marché au respect de leurs droits subjectifs face à l'administration ou le législateur.

---

<sup>42</sup> CE Sect. 8.1.1982, Aldana Barrena, *AJDA* 1982. 662, note Julien-Laferrière.

<sup>43</sup> Seiller B. et Guyomar M., *Contentieux administratif*, *op. cit.*, p. 136.

<sup>44</sup> CE Ass. 19.7.2019, Assoc. des Américains accidentels, *R.* 296, concl. Lallet.

<sup>45</sup> CE Ass. 11.5.2004, Assoc. AC !, *GAJA*.

<sup>46</sup> CE 28.3.2012, Sté Direct énergie et a., req. n° 330458.

<sup>47</sup> CE Ass. 23.12.2011, Danthony et a., *GAJA*.

<sup>48</sup> Quintane G., « Le juge administratif et le néolibéralisme », in *Néolibéralisme et droit public*, Mare & Martin 2017, p. 409.

<sup>49</sup> Pour d'autres illustrations, v. Janicot L., « Réflexions sur une nouvelle voie entre l'annulation sèche et l'annulation différée : la définition de règles provisoires par le juge de l'excès de pouvoir », *RFDA* 2021.41.

<sup>50</sup> Sur ce point, v. Touboul C., *loc. cit.*

<sup>51</sup> CE 27.5.1988, Cté de défense du site de Kervoazon, *R.* 222 ; CE avis 29.5.2015, Assoc. Nonant Environnement, *R.* 172, concl. von Coester.

<sup>52</sup> CE 4.2.2005, Sté GSD Gestion, *R.* 28 : à propos d'une sanction de l'AMF ; 6.1.2006, Sté Lebanese communication Group, *R.* 1 : à propos d'une sanction du CSA.

<sup>53</sup> CE Ass. 16.2.2009, Sté ATOM, *AJDA* 2009. 583, chron. Liéber et Botteghi.

<sup>54</sup> CE 4.4.2014, Dpt de Tarn-et-Garonne, req. n° 358994. Sur cet arrêt, v. Braconnier S., « Contentieux des contrats : le choc de sécurisation ? », *AJDA* 2014. 945.

<sup>55</sup> CE Ass. 16.7.2007, Sté Tropic Travaux Signalisation, *CRDF* 2007-6. 161, note Bottini.

<sup>56</sup> Cf. art. 61-1 C. et Ord. n° 58-1067 du 7.11.1958, portant loi organique sur le Conseil constitutionnel, art. 23-4.

Si ce faisant ces évolutions contribuent également à la transformation du contentieux administratif en un produit compétitif – car attrayant sinon rassurant – sur le grand marché mondial et européen, le renforcement des pouvoirs de la juridiction administrative expose toutefois les opérateurs économiques à un nouveau risque : celui de l'arbitraire du juge administratif lui-même. C'est la raison pour laquelle il exerce désormais son office sous le contrôle renforcé de juridictions tierces.

### III. ... sous le contrôle renforcé de juridictions tierces

« *Quis custodiet ipsos custodes* » ? Si la question se pose depuis Juvénal de savoir « qui gardera les gardiens ? », les réformes du contentieux administratif ont dû intégrer le fait que les pouvoirs accrus du juge supposaient de le soumettre à un contrôle renforcé. Pour être compétitif sur le grand marché mondial et européen, la matière doit en effet offrir des voies de recours aux opérateurs économiques contre les sentences administratives qu'elles soient le fait des juridictions ordinaires du fond ou du Conseil d'État lui-même.

Au sein-même de l'organisation juridictionnelle française, cette considération a sans doute joué un rôle dans l'apparition, à partir de 1987, de Cours administratives d'appel s'intercalant entre les tribunaux administratifs et le Conseil d'État<sup>57</sup>. Mais elle explique également pourquoi il a rapidement été jugé que l'entrée en vigueur de la QPC permettait au juge constitutionnel de se prononcer sur la constitutionnalité de l'interprétation de la loi rendue par les cours suprêmes des juridictions ordinaires, fort de cette idée que cette interprétation fait partie de la loi elle-même<sup>58</sup>. Car ce faisant la QPC contribue fonctionnellement à transformer le Conseil constitutionnel en une véritable cour constitutionnelle ayant le pouvoir de censurer les décisions rendues par la Cour de cassation ou le Conseil d'État, notamment lorsqu'elles méconnaissent les droits subjectifs des acteurs du marché<sup>59</sup>. Sans doute les juridictions ordinaires suprêmes n'hésitent-elles pas à profiter de leurs arrêts de renvoi pour préciser le sens de leur interprétation et ainsi tenter de la sauver de la censure du juge constitutionnel<sup>60</sup>. Mais il n'est pas sûr qu'une telle attitude soit compatible avec l'article 6§1 de la CESDH, dès lors qu'elle revient à les placer en position de juge et de partie.

Cette remarque montre l'intérêt de la possibilité par ailleurs ouverte aux justiciables de contester les sentences administratives devant les juridictions supranationales. Depuis la fin de la seconde guerre mondiale, celles-ci sont en effet pensées comme un rempart contre l'arbitraire des juridictions internes. Or, les auteurs néolibéraux ont contribué, par leurs travaux, à l'apparition de ces juridictions. Dès les années 1940, Friedrich Hayek, le prix Nobel d'économie, appelait en effet implicitement à leur création, en préconisant de confier à un « Etat ultralibéral »<sup>61</sup> le soin de veiller au respect de « l'ordre spontané »<sup>62</sup> du marché. La CJUE (ex CJCE) et de la CEDH ayant été créées, le contentieux administratif a

---

<sup>57</sup> L. n° 87-1127 du 31.12.1987, portant réforme du contentieux administratif.

<sup>58</sup> CC 39 QPC 6.10.2010, D. 2010. 2744, obs. Gallmeister, note Chénéde ; 52 QPC du 14.10.2010, Cie agricole de la Crau : « qu'en posant une QPC, tout justiciable a le droit de contester la constitutionnalité de la portée effective qu'une jurisprudence constante confère à cette disposition ».

<sup>59</sup> Il est d'ailleurs intéressant de relever que 29% des QPC auraient directement été formées par des opérateurs économiques entre 2014 et 2017. Sur cette question, v. notre article « Le solidarisme à l'épreuve de la nouvelle Constitution économique de la France », in *Droits fondamentaux et crise des solidarités*, L'Harmattan 2019, p. 79.

<sup>60</sup> CE 19.5.2010, Théron, R. 168 : interprétation neutralisante ; CE 25.6.2010, Mortagne, AJDA 2010. 1355, chron. Lieber et Botteghi ; CE 16.7.2010, SCI La Saulaie, R. 315 : interprétations complémentaires.

<sup>61</sup> Hayek F. A., *La route de la servitude*, rééd. Quadrige 1993, p. 165.

<sup>62</sup> Hayek F. A., *Droit, législation et liberté*, t. 1, *Règles et ordre*, PUF 1973, p. 56.

immanquablement été amené à évoluer sous leur influence, d'une façon qui contribue de nos jours à inspirer confiance aux opérateurs économiques et, dès lors, à l'attractivité du droit français dans le contexte de la mondialisation.

Le rôle exercé par la CJUE en la matière n'est plus à démontrer tant la logique économique est au cœur du marché unique. C'est elle qui a par exemple conduit le juge de l'Union à reconnaître au juge administratif le pouvoir d'écarter toute règle interne contraire au droit originaire ou dérivé ainsi que celui de prendre toutes mesures provisoires nécessaires à son respect (et donc aux objectifs du marchés commun)<sup>63</sup>.

Mais l'influence de la CEDH n'en est pas moins réelle dans les transformations du contentieux administratif en un produit compétitif, même si la CEDH a historiquement une dimension plus politique – visant à assurer la sauvegarde de la démocratie – qu'économique – tendant à construire et entretenir le grand marché européen. Car le droit à un procès équitable affirmé à son article 6§1 est à l'origine directe des réformes visant à imposer la publicité des débats devant les juridictions administratives spéciales<sup>64</sup>, la séparation des fonctions consultatives et juridictionnelles du Conseil d'Etat<sup>65</sup> ou encore la fin de la participation du commissaire du gouvernement au délibéré des formations de jugement<sup>66</sup>... : autant de mesures qui contribuent là encore à inspirer confiance aux opérateurs économiques en limitant le risque de partialité d'une justice administrative par nature soupçonnée d'être aux ordres d'un État par ailleurs patron.

\* \*

\*

En conclusion, les réformes du contentieux administratif menées depuis les années 1980 sont indissociables des efforts entrepris pour renforcer l'attractivité du droit français sur le grand marché mondial et européen, dès lors qu'elles sont pour partie sous-tendues par le souci d'inspirer confiance aux opérateurs économiques.

Si ces considérations expliquent le nouvel équilibre qui structure désormais la matière entre défense de la légalité et respect de la sécurité juridique, veiller à ce que le contentieux administratif soit un produit compétitif tout en restant un droit de l'intérêt général constitue sans doute le véritable défi auquel doit faire face le droit administratif *lato sensu* dans la période contemporaine.

---

<sup>63</sup> CJCE 19.6.1990, Factortame, Aff. C-213/89, *RFDA* 1990. 912, note Bonichot.

<sup>64</sup> CE Sect. 29.7.1994, Dpt de l'Indre, *RFDA* 1995. 161, concl. Bonichot.

<sup>65</sup> CEDH 28.9.1995, Procola c/ Luxembourg, Aff. n° 14570/89, *RFDA* 1996. 777, note Autin et Sudre.

<sup>66</sup> CEDH 7.6.2001, Kress c/ France, *RFDA* 2001. 191, note Genevois, Autin et Sudre.